

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**LEI Nº 12.853/13: A INSERÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL E A FISCALIZAÇÃO
DO ESTADO NO DIREITO AUTORAL BRASILEIRO**

PRISCILA DO ESPÍRITO SANTO LIMA

RIO DE JANEIRO

2016.2

PRISCILA DO ESPÍRITO SANTO LIMA

**LEI Nº 12.853/13: A INSERÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL E A FISCALIZAÇÃO DO
ESTADO NO DIREITO AUTORAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do **Prof. Dr. Carlos Augusto Silva dos Santos Thomaz.**

RIO DE JANEIRO

2016.2

CIP - Catalogação na Publicação

d732l do Espírito Santo Lima, Priscila
LEI N° 12.853/13: A INSERÇÃO DA PARTICIPAÇÃO
SOCIAL E A FISCALIZAÇÃO DO ESTADO NO DIREITO
AUTORAL BRASILEIRO / Priscila do Espírito Santo
Lima. -- Rio de Janeiro, 2016.
61 f.

Orientador: Carlos Augusto Silva dos Santos
Thomaz.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

1. DIREITO AUTORAL. I. Silva dos Santos
Thomaz, Carlos Augusto, orient. II. Título.

CDD N° 342.28

PRISCILA DO ESPÍRITO SANTO LIMA

A LEI 12.853 E AS INOVAÇÕES NO CONTROLE SOCIAL E DO ESTADO
NO DIREITO AUTORAL

Monografia apresentada à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Augusto Silva dos Santos Thomaz.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Carlos Augusto Thomaz

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2016.2

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me feito nascer de uma mulher tão maravilhosa quanto minha mãe, que me deu todo amor, carinho e possibilidades para que eu possa ir tão longe quanto queira. Tê-la perdido durante o curso foi o mais duro golpe que a vida poderia ter me dado, mas como a vida só nos dá desafios que possamos superar, segui com força, por ela e para ela. Que Deus me dê sabedoria para usar os conhecimentos adquiridos no curso de forma a honrar tudo que aprendi em casa, trabalhando em busca da paz e da justiça social.

Agradeço a todos os amigos que me acompanharam neste longo caminho e que tornaram estes 5 anos mais que especiais.

Obrigada aos professores pela dedicação e ensinamentos dentro e fora de sala de aula.

Obrigada a minha esposa, Simone, por ter me encorajado e me dado força e suporte, desde o dia da matrícula até hoje, tendo compreendido que cada ausência tinha um propósito maior, por me incentivar a sempre me dedicar mais. Agradeço a Kiko, por ser a criança mais adorável deste mundo e me trazer tantas alegrias.

RESUMO

O presente trabalho acadêmico visa abordar quais as inovações trazidas pela Lei 12.853/13 que atualiza a legislação sobre o Direito Autoral no ordenamento Jurídico brasileiro. A análise se concentra nos dispositivos que criam formas de participação social e fiscalização do Estado no âmbito da arrecadação e distribuição dos valores percebidos pelos detentores de direitos, assim como na fiscalização da gestão dos direitos autorais.

Palavras chave: Direito Autoral, Gestão Coletiva, Ecad, Participação Social e Fiscalização do Estado.

ABSTRACT

This academic work aims to address the innovations brought by Law number 12.853 / 13 that updates the legislation on Copyright in the Brazilian legal system. The analysis focuses on the devices that create forms of social and state control in the collection and distribution of the values collected by the rights holders, as well as in the control of the copyright managers.

Keywords: Copyright, Collective Management, Ecad, Social Participation and State Surveillance.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. O PAPEL DO ESTADO BRASILEIRO NA REGULAÇÃO DO DIREITO AUTORAL ANTES DA LEI Nº 12.853/13.....	14
3. DESAFIOS E RESISTÊNCIAS NA MODIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO.....	22
3.1 OS DESAFIOS.....	22
3.2 AS RESISTÊNCIAS	24
4. A PARTICIPAÇÃO SOCIAL E A ATUAÇÃO DO ESTADO NA CONSTRUÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO AUTORAL BRASILEIRO.....	28
4.1 A CONSULTA PÚBLICA.....	28
4.2 OS ATOS DE REGULAMENTAÇÃO DA LEI Nº 12.853/13	33
4.3 A COMISSÃO PERMANENTE PARA O APERFEIÇOAMENTO DA GESTÃO COLETIVA – CPAGC	34
4.4 A DECISÃO FINAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.853/13.....	35
4.4.1 – DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL.....	36
4.4.2 DA VIOLAÇÃO AO DIREITO À PRIVACIDADE.....	37
4.4.3 DA INTERVENÇÃO DO ESTADO EM ATIVIDADE EXERCIDA POR ENTES PRIVADOS.....	3
	8
5. A NOVA LEGISLAÇÃO E OS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL E FISCALIZAÇÃO DO ESTADO NO DIREITO AUTORAL.....	40
5.1 INOVAÇÕES EM RELAÇÃO À GESTÃO COLETIVA.....	41

5.1.1 A MANUTENÇÃO DE UM ÚNICO ENTE ARRECADADOR E AS MUDANÇAS EM SEU FUNCIONAMENTO.....	41
5.1.2 INOVAÇÕES EM RELAÇÃO ÀS ASSOCIAÇÕES QUE COMPÕEM O ECAD.....	43
5.2 INOVAÇÃO EM RELAÇÃO AOS USUÁRIOS.....	45
5.3 INSTRUMENTOS DE FISCALIZAÇÃO DO ESTADO.....	49
5.4 RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE FORMA EXTRAJUDICIAL NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO DA CULTURA.....	50
5.5 NOVOS CRITÉRIOS PARA A PRECIFICAÇÃO.....	51
 6.0 CONCLUSÃO.....	 54
 7.0 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 58

1. INTRODUÇÃO

O Direito Autoral, compreendido como o direito exclusivo do autor de usar e fruir a sua obra intelectual¹, tem o objetivo de proteger as relações entre criadores e usuários. É portanto uma forma de proteção ao desenvolvimento cultural da sociedade, ao garantir a . “A proteção à propriedade intelectual objetiva nutrir a criatividade humana sem, contudo, restringir indevidamente a disseminação de seus frutos, sendo dotada de notório interesse social.”(LEITE, 2004, p.25).

Se constitui como uma importante área de estudo e atuação, com grande relevância econômica e social, sendo objeto de diversos ramos do direito, há relação com o Direito Empresarial, Civil, Comercial, Constitucional, Trabalhista, Tributário e Penal, ou seja, como objeto pode ser abordado a partir de diversas perspectivas, o que aumenta a sua relevância. É reconhecida a característica única deste ramo jurídico “há muito vem a doutrina defendendo o Direito de Autor como um Direito *sui generis*, integrado por componentes morais e patrimoniais, como um conjunto incindível”.(BITTAR, 2008, p.17).

Em relação ao direito moral tem a particularidade de agregar em si características distintas, como classifica a doutrina

“A verdade é que é impossível enquadrar os direitos morais do autor nas categorias tradicionais do Direito Civil. E isto porque constituem eles categoria nova, autônoma, com características de direitos reais, de crédito e de personalidade. São direitos de natureza *sui generis*.” (FIÚZA, 2008, p. 810-811)

Conforme a legislação, os Direitos Autorais, visto que são múltiplos de fato, reputam-se, para efeitos legais, como bens móveis, assim como dispõe o Art 7º da Lei nº 9.610/98, incluído portanto no direito das coisas, mas com a característica de serem inalienáveis e intransferíveis, posto que o ordenamento jurídico o considera direito da personalidade, com proteção constitucional, sendo concebido como a externalização do espírito do autor

“Os direitos morais são reconhecidos em função do esforço e do resultado criativo, a saber, da operação psicológica, com a qual se materializa, a partir do nascimento da obra, a verdadeira externalização da personalidade do autor.” (BITTAR, 2008, p. 46)

¹“criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro” Brasil.Lei nº 9.610/98

A partir disto resta comprovada a necessidade de legislação específica para tratar do tema, considerando todas as suas particularidades. Houve na história ocidental da humanidade tentativas embrionárias de associar a obra ao seu criador, a paternidade da obra de arte como um valor a ser perseguido.

“De fato, na Antiguidade greco-latina o aspecto moral da proteção autoral era reconhecido e protegido, não por meio de leis, mas pela forte percepção social de que ao autor era devido o reconhecimento da autoria e à sociedade era dado saber quem seria o emissor da mensagem, da criação. O plágio, assim, não era considerado lesão a um direito. Entretanto havia a sanção moral caracterizada pelo repúdio público e pela desonra. Dessa forma, não existia ainda a concepção de proteção da esfera patrimonial do autor, sendo o importante para os antigos a tão só identificação do produtor da obra.” (BARRETO. 2016)

Entretanto, historicamente a regulação do Direito Autoral da forma que hoje se apresenta tem, desde a sua origem, estreita relação com os interesses econômicos nos valores gerados pela exploração comercial da obra de arte. Seja através do vanguardista Estatuto da Rainha Anna, de 1710, que proibia a reprodução das obras, dando aos autores o direito exclusivo de uso e fruição dos seus inéditos pelos primeiros 14 (catorze) anos; pelo Decreto francês de 1793, que estendeu a proteção aos direitos de todas as obras, não somente às literárias, ou ainda através da Convenção de Berna², que vem a ser a primeira regulamentação internacional sobre o tema, conferindo-lhes amplas e verdadeiras normas materiais de proteção e solução de conflitos e que fomentou a elaboração de leis pertinentes a essa matéria em diversos países. Segundo Fonseca (2016) O princípio central da Convenção de Berna é o princípio do tratamento unionista, consagrado no Artigo 3º, o qual destina proteção aos autores nacionais dos países signatários, bem como aos autores não nacionais desses países mas que neles publiquem ou residam. Trata-se da aplicação, simultaneamente, tanto do critério nacional (pessoal) quanto do territorial (real). Em suma, a Convenção de Berna prevê a proteção à obra publicada em um dos países membros, ou cujo autor seja cidadão ou residente habitual em um dos países unionistas. Também é protegida a obra publicada simultaneamente em um país signatário e em um país estranho à União.

É o direito patrimonial do autor, e dos seus cessionários portanto a mola propulsora do interesse em criar, em diversos países, legislações cada vez mais específicas e detalhadas, com

² A convenção data de 1886, o Brasil se tornou signatário a partir de 1922, tendo-a ratificado apenas em 1975

o fim de proteger os interesses comerciais dos autores. Ou seja, é com base em interesses econômicos que se inicia a preocupação em proteger o direito do autor, e é também com base neste que se buscou a criação de legislação dedicada a este tema.

“Claramente, o alvorecer do Direito Autoral nada mais foi que a composição de interesses econômicos e políticos. Não se queria proteger prioritariamente a “obra” em si, mas os lucros que dela poderiam advir. É evidente que ao autor interessava também ter sua obra protegida em razão da fama e da notoriedade de que poderia vir a desfrutar, mas essa preocupação vinha, sem dúvida, por via transversa.” (PARANAGUÁ, 2009, pág 16)

De suma importância portanto mapear quais foram as inovações trazidas pela Lei nº 12.853 de agosto de 2013, que trata dos direitos autorais e surge em um contexto de crítica à falta de controle do único órgão designado pelo poder público para gerir o direito de execução pública de obras musicais. A análise terá, justamente por este motivo, como objeto específico o Direito Autoral musical, pois o movimento de alteração da legislação se deu sobretudo pela premente necessidade de fiscalização do ente responsável pela arrecadação e distribuição dos valores relativos ao direito de execução musical.

A execução pública de música, entendida como a reprodução de conteúdo musical e lítero-musical em ambientes de frequência coletiva, pode ocorrer em qualquer estabelecimento comercial, tais como bares e academias, assim como em festas privadas ou transmissão por radiodifusão. Cada tipo de utilização³ enseja o pagamento deste direito.

As cifras do Direito autoral são bastante expressivas, segundo dados fornecidos pelo ente responsável pela arrecadação em 2015 foram distribuídos⁴ R\$ 771,7 milhões (setecentos e setenta e um milhões e setecentos mil reais) a 155.399 (cento e cinquenta e cinco mil trezentos e noventa e nove) titulares. Em 2016, ano no qual o Brasil enfrenta grave crise econômica, somente no segmento Carnaval foi distribuído um montante de R\$19.080.822,51(dezenove milhões oitenta mil oitocentos e vinte e dois reais e cinquenta e um centavos) entre 18.018(dezoito mil e dezoito) titulares, ou seja, quantia⁵ significativa.

³ Segundo o ECAD para fins de distribuição são considerados 13 (treze) segmentos: Carnaval e festas de fim de ano; casas de diversão; casas de festas; cinema; festas juninas; movimento tradicionalista gaúcho; música ao vivo; rádio; serviços digitais; shows; sonorização ambiental; TV aberta e TV por assinatura.

⁴Segundo informações das associações atualmente a distribuição é feita da seguinte forma: 2/3 são direcionados aos compositores, adaptadores, versionistas e editoras, que são os titulares de direitos de autor, e 1/3 para os intérpretes, produtores fonográficos/gravadoras e músicos executantes, classificados como titulares de direitos conexos. O valor total correspondente ao conexo será rateado, cabendo 41,70% para intérpretes, 41,70% para os produtores fonográficos/gravadoras e 16,60% para os músicos executantes.

⁵A estes valores somam-se os decorrentes de pena de multa aplicada pelo Ecad, que, em relatório da CPI foi objeto de contestação.

Considerando o contexto cultural, que contava de um lado com utilizadores insatisfeitos com o modo de cobrança e de outro lado detentores de direito insatisfeitos com a falta de transparência na distribuição dos valores, a grande interferência do capital estrangeiro nas associações nacionais e a falta de diálogo com o órgão arrecadador é que surge a Lei nº 12.853/13, com o objetivo de atualizar e incluir dispositivos à Lei nº 9.610/98.

Portanto configura-se a importância de pesquisar quais são os mecanismos, trazidos pela nova Lei que têm o condão de conferir ao Estado maior participação e controle nas relações que envolvem a comercialização dos direitos autorais, assim como instrumentos de participação popular. Para isto serão analisados os dispositivos legais introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro, as alterações nos modos de arrecadação e distribuição oriundos desta nova metodologia, assim como as novas obrigações dos usuários e dos responsáveis pela gestão coletiva de direitos autorais.

2. O PAPEL DO ESTADO BRASILEIRO NA REGULAÇÃO DO DIREITO AUTORAL ANTES DA LEI Nº 12.853/13

No Brasil o primeiro dispositivo a tratar especificamente da proteção autoral foi a Lei nº 496/1898, de autoria de Augusto Montenegro e relatoria de Medeiros e Albuquerque. Neste texto legal, cuja revogação se deu com a superveniência do Código Civil de 1916, já era expressa a necessidade de estabelecer limites para a exploração comercial da obra, conferindo direitos exclusivos ao autor

Art. 15. Toda execução ou representação publica total ou parcial de uma obra musical não pôde ter logar sem consentimento do autor, quer ella seja gratuita, quer tenha um fim de beneficencia ou exploração. Todavia, si ella for publicada e posta á venda, considera-se que o autor consente na sua execução em todo o logar onde não se exija retribuição alguma.

Brasil, Lei nº 496, de 1º de agosto de 1898

A Lei nº 496/1898 foi revogada pelo Código Civil de 1916, que tem como tema do seu capítulo VI “Da propriedade literária, artística e científica” que regula aspectos da matéria tais como os direitos sucessórios dos herdeiros dos autores, a possibilidade de desapropriação do Direito Autoral por parte do Estado e a responsabilização em perdas e danos por parte de quem faça a reprodução de obra sem autorização do autor. Curioso também verificar que pertenciam ao Estado as obras por ele encomendadas e publicadas à custa dos cofres públicos, excluindo as obras por este apenas subvencionadas, conforme disposto no artigo 661 do referido diploma legal.

Em relação ao Direito Autoral relacionado à música, apenas em 1924, através do Decreto Presidencial nº 4.790, é que se insere esta expressão artística no contexto de proteção, anteriormente voltado para a produção literária

Art. 2º Nenhuma composição musical, tragedia, drama, comedia ou qualquer outra producção, seja qual fôr a sua denominação, poderá ser executada ou repersentada em theatros ou espectaculos publicos, para os quaes se pague entrada, sem autorização, para cada vez, do seu autor, representante, ou pessoa legitimamente subrogada nos direitos daquelle.

Brasil. Decreto nº 4.790 de 02 de janeiro de 1924

Em 1973 a Lei nº5.988, que por ser legislação especial revogou o disposto no CC/16, consolidou leis e decretos anteriormente publicados e que tratavam do Direito Autoral. A lei trouxe, em seus 134 (cento e trinta e quatro) artigos e 9 (nove) títulos diversas inovações, e encorpou a legislação brasileira com conceitos e mecanismos de regulação e controle.

Elaborada pelo então Procurador Geral da República, José Carlos Moreira Alves, que, em caráter de urgência reduziu o que seria um projeto de Código de Direitos do Autor e Direitos Conexos a um projeto de lei, o texto foi fruto de um profundo debate que já visava a elaboração de um dispositivo mais robusto, que atendesse às necessidades sociais e do Estado, pois o controle e arrecadação dos Direitos Autorais era feita de forma precária, gerando diversas reclamações por parte dos usuários e autores. Foram apresentadas 233(duzentas e trinta e três) emendas ao texto elaborado por Moreira Alves, entretanto, pelo curto prazo para apreciação das disposições em contrário, através de debates durante 10 (dez) dias, foram apreciadas apenas as mais urgentes. A lei trouxe como tripé essencial para o exercício e regulação do Direito do Autor a criação de um órgão governamental para definição da política de Estado, as Associações e um órgão arrecadador, responsável por recolher e distribuir os valores arrecadados com o Direito Autoral.

A criação do Conselho Nacional de Direito Autoral – CNDA que viria a ser o órgão supremo competente para orientar toda a política governamental relativa ao Direito Autoral, é um marco da necessidade identificada pelo Estado de se fazer presente no controle deste mercado. O título VII, que trata do funcionamento do CNDA define que o órgão responsável por “determinar, orientar, coordenar e fiscalizar as providências necessárias à exata aplicação das leis, tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, sobre direitos do autor e direitos que lhe são conexos.”

Ou seja, o CNDA foi criado com a proposta de ser um regulador em âmbito nacional e internacional. Suas atribuições lhe conferiam poderes de fiscalização além de ser um órgão consultivo e de assistência. O conselho, regulado pelo Decreto nº 76.275/75, possuía, de acordo com o Art. 2º o número de 5 (cinco) conselheiros nomeados pelo Presidente da República, sendo um representante do Ministério da Educação e Cultura, responsável por presidir o órgão, um do Ministério da Justiça e um do Ministério do Trabalho, além destes a composição também contava com a participação de dois membros⁶ de livre escolha do Presidente da República. O CNDA funcionava também na mediação de conflito entre

⁶. Em 1976 o CNDA contava em seu quadro de conselheiros o cantor Roberto Carlos, que até os dias atuais figura como um dos maiores arrecadadores de direito de execução musical.

detentores de direitos e usuários, tendo o seu papel reconhecido pela classe, carente de organização. Dentre as suas atribuições direcionadas para o controle destacam-se as de

Art. 117. Ao Conselho, além de outras atribuições que o Poder Executivo, mediante decreto, poderá outorgar-lhe, incumbe:

IV - fixar:

- a) normas para a unificação dos preços e sistemas de cobrança e distribuição dos direitos autorais;
- c) normas para a organização do Ecad

BRASIL. Lei nº 5.988, de 14 de dezembro 1973

O órgão foi desativado em 1990 pelo governo do Presidente Fernando Collor de Mello, que reestruturou a política cultural do Estado através da extinção de alguns órgãos.

Na gestão do Presidente Fernando Collor de Melo, toda a estrutura federal no campo da cultura foi radicalmente alterada. Em abril de 1990, o Presidente promulgou a Lei nº 8.029, que extinguiu, de uma só vez, diversos órgãos da administração federal, em especial da área da cultura FUNARTE, Pró-Memória, FUNDACEN, FCB, Pró-Leitura e EMBRAFILME e reformulava outros tantos como o SPHAN. Todo o processo foi feito de maneira abrupta, interrompendo vários projetos, desmontando trabalhos que vinham sendo realizados por mais de uma década. Collor extinguiu também o próprio Ministério da Cultura. (CALABRE, 2005)

Cabe ressaltar uma importante característica do Direito Autoral patrimonial referente às obras musicais. Este se divide em dois: o direito de execução pública, controlado pelo órgão arrecadador e o chamado popularmente de direito de sincronização, que nada mais é que a autorização do autor da obra musical ou lítero-musical para a sua inserção em conteúdos audiovisuais, o fixando à obra de forma a associá-lo diretamente àquele conteúdo. Esta autorização, onerosa grande parte das vezes, também rende quantias significativas pois é amplamente utilizada na elaboração de peças publicitárias, filmes e programas televisivos, tais como novelas e programas de auditório. Pela direta associação necessitam de autorização prévia e expressa do autor, indicando a modalidade de uso, tais como fundo musical, abertura ou performance. Este direito é exercido diretamente pelo autor ou pela editora que o representa, atualmente cerca de 80% das editoras compõem a União Brasileira de Editoras de Música, a UBEM, sendo uma associação privada. Importante ressaltar que somente o órgão arrecadador tem como propósito centralizar e distribuir toda a arrecadação dos direitos autorais de execução pública musical. Ao contrário do CNDA, extinto em 1990, o órgão arrecadador, denominado Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – Ecad, permanece ativo.

Desde a sua criação, a entidade que se constitui como uma instituição privada e sem fins lucrativo, exerce o controle e a arrecadação dos direitos de execução no Brasil. Atualmente é composta por 7(sete) associações: Abramus - Associação Brasileira de Música e Artes; Amar - Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes; Assim - Associação de Intérpretes e Músicos; Sbacem - Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música; Sicam - Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais; Socinpro - Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais e a UBC - União Brasileira de Compositores. Ainda constava como associada a Sadembra - Sociedade Administradora de Direitos de Execução Musical do Brasil, excluída⁷ em julho de 2016, após denúncias dos associados e posterior sindicância sobre a falta de repasse dos valores.

É a assembleia geral do Ecad o órgão responsável pela decisão de como o escritório poderá deliberar sobre os diversos assuntos, é formada por estas associações, que representam os detentores de direito. Para perceber a remuneração referente à execução musical é necessário ser filiado a uma destas associações. A opção por um órgão único é feita com o intuito de respeitar o interesse público, atendendo ao princípio da eficiência, mesmo que seja condenável a criação de um monopólio por meio do Estado, foi uma opção do legislador para aumentar a segurança, sob o ponto de vista profissional técnico, garantindo excelência no serviço a ser prestado pelo órgão arrecadador. Enquanto esteve ativo, cabia ao CNDA a fiscalização do Ecad

Art 117. Ao Conselho, além de outras atribuições que o Poder Executivo, mediante decreto, poderá outorgar-lhe, incumbe:

II – Autorizar o funcionamento, no País, de associações de que trata o título antecedente, desde que observadas as exigências legais e as que forem por ele estabelecidas; e, a seu critério, cassar-lhes a autorização, após, no mínimo, três intervenções, na forma do inciso seguinte;

III – Fiscalizar essas associações e o Escritório Central de Arrecadação a que se refere o Art 115, podendo neles intervir quando descumprirem suas determinações ou disposições legais, ou lesarem, de qualquer modo, os interesses dos associados;

IV- Fixar normas para a unificação dos preços e sistema de cobrança e distribuição dos direitos autorais.

BRASIL. Lei nº 5.988, de 14 de dezembro 1973

Com a extinção do CNDA restou limitada a regulação do estado na arrecadação e distribuição do Direito Autoral, funcionando o Ecad e as associações com plena autonomia,

⁷ Segundo nota divulgada pelo Ecad “A exclusão da referida associação foi decidida pelas associações de música após a Sadembra ser submetida a processo administrativo disciplinar. A partir de denúncias de seus próprios associados referentes ao não pagamento de direitos autorais a eles devidos, a Assembleia Geral constituiu uma Comissão de Sindicância para a apuração dos fatos. A Comissão de Sindicância concluiu seus trabalhos em julho de 2016 e constatou a prática das infrações disciplinares caracterizadas no art. 13, letras “b” e “f” do Estatuto do Ecad.”

instituindo mecanismos próprios e questionáveis sobre a forma de partilha deste montante, assim como na forma de distribuição.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, fica o Direito Autoral inserido no rol dos direitos individuais invioláveis⁸. Disposto no Art 5º da Carta Magna

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”

“XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.”

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

Impulsionada pelo avanço tecnológico propiciado pela internet e novas mídias, tornou-se necessária a criação de uma lei que pensasse o Direito Autoral frente as novas formas de fruir e comercializar as obras artísticas. Nesta perspectiva foi criada a Lei nº 9.610 em 1998.

Na referida lei a existência do Ecad está prevista nos arts. 97, 98 e 99⁹. No artigo 97 encontra-se o direito do autor de defesa dos seus interesses, através de associações, sem fins lucrativos. Com o ato de filiação, regula o art. 98, as associações tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de

⁸“A matéria consta do art. 5º, XXVII, que contém duas normas bem distintas. A primeira e principal confere aos autores o *direito exclusivo de utilizar, publicar e reproduzir suas obras*, sem especificar, como faziam as Constituições anteriores; mas, compreendidos e, conexão com o disposto no inciso IX do mesmo artigo, conclui-se que são obras literárias, artísticas, científicas e de comunicação. Enfim, aí se asseguram os direitos do autor de obra intelectual, reconhecendo-lhe, vitaliciamente, o chamado “direito de propriedade intelectual”, que compreende *direitos morais e patrimoniais* [...]” (SILVA, 2007, p. 119).

⁹ Em 2003 o Partido Social Trabalhista (PST) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº2054 na qual se questionava a obrigatoriedade dos autores, intérpretes e músicos de terem de se associar ao Ecad para terem seus direitos autorais defendidos e resguardados. O relator da ação, ministro Ilmar Galvão, entendeu que o princípio de liberdade de associação, contido na Constituição Federal, foi violado pela Lei de Direitos Autorais, “pois o Ecad teria sido confirmado como um ente de associação compulsória”. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou (2/4) constitucional o artigo 99, caput, e seu parágrafo 1º, da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98). Com a decisão, o Ecad (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - Direitos Autorais) permaneceu como único escritório responsável pela arrecadação e distribuição dos direitos autorais relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais, e de fonogramas.

seus direitos autorais, inclusive cobrança. É no art. 99, que institui a existência de somente um único escritório central destinado a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais.

No que diz respeito à fiscalização das contas prestadas pelo Ecad aos seus representados, a Lei do Direito Autoral instituiu que esta poderia ser feita pelo sindicato ou associação profissional “que congregue não menos de um terço dos filiados de uma associação autoral”, conforme disposto no Art. 100. Curioso notar é que este mesmo artigo limita a fiscalização, por intermédio de auditor, a apenas uma vez por ano, e após notificação, com oito dias de antecedência.

Fato é que o Ecad permaneceu, de 1990 até a entrada em vigor da nova lei em 2013, sem nenhum mecanismo efetivo de controle, o que gerava grandes questionamentos, sobretudo pelos detentores que se sentiam prejudicados pelos critérios de distribuição, que ao ser feita por amostragem, quando artistas que têm suas obras executadas em casas de shows, por exemplo, podem não perceber remuneração alguma, ou uma quantia desconexa do real grau de execução da sua obra, já que a amostra considera apenas os autores de obras executadas em rádio e televisão. Ainda havia litígios com diversas emissoras de radiodifusão, sobretudo por discordância sobre os critérios de cobrança, que muitas vezes não consideravam a natureza do veículo, ao cobrar um valor equivalente ao de uma rádio musical a uma rádio de notícias, ou, em caso de emissoras públicas cobrar com base no orçamento da emissora, por compreendê-lo como faturamento.

Detentores de direitos e utilizadores apontaram para uma urgente demanda de alterações no modo em que o Ecad efetuava a sua gestão. O grande poder de decisão de algumas associações, com participação de gigantes do mercado internacional por exemplo, causava objeções, assim como os critérios de arrecadação e distribuição.

O processo de contestação do modelo de gestão coletiva vigente foi gradualmente sendo construído, passando por diversas fases, desde uma consulta pública até a denúncia¹⁰ no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e posterior investigação do Ecad, através de Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI, de acordo instaurada conforme o

¹⁰ O Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83 foi instaurado em 2010, a partir de representação formulada pela Associação Brasileira de Televisão por Assinatura – ABTA. O Ecad e as associações foram condenadas por fixação conjunta de valores a serem pagos pela execução pública de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas, ao total, as multas aplicadas somaram cerca de R\$ 38 milhões.

disposto no Ar. 58 §3º da Constituição.

As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

Em 28 de junho de 2011 foi realizada a 1ª reunião da CPI¹¹ no Senado Federal, sendo eleitos Presidente o Senador Randolfe Rodrigues,, Vice- Presidente o Senador Ciro Nogueira, e designado como Relator o Senador Lindbergh Farias.

O objeto da Comissão era averiguar as supostas irregularidades praticadas pelo Ecad na arrecadação e distribuição de recursos oriundos do Direito Autoral, abuso da ordem econômica e prática de cartel no arbitramento de valores, sendo analisados os fatos ocorridos entre janeiro de 2001 e dezembro de 2011. A título ilustrativo, somente no ano de 2011 o Ecad distribuiu R\$ 411.800.000,00 (quatrocentos e onze milhões e oitocentos mil reais) a 92.650 (noventa e dois mil seiscentos e cinquenta) compositores, intérpretes, músicos, editores musicais e produtores fonográficos, ou seja, são cifras expressivas, e que demandam a preocupação do poder público.

O resultado do trabalho foi além da proposta de indiciamento dos representantes, revelou um esquema com grandes falhas e procedimentos ilícitos, conforme descreve o relatório final da CPI

Ao longo de um ano de trabalho e depois de reunir milhares de páginas de documentos e depoimentos de titulares de direitos autorais, de usuários e de autoridades públicas, a Comissão formou a robusta convicção de que o surgimento do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição dos Direitos Autorais – Ecad, em 1973, representou uma grande conquista dos autores brasileiros. Mas, em seus 40 anos de existência, o Ecad se degenerou. De órgão meramente executivo de arrecadação e distribuição, tornou-se uma instituição poderosa, que está a desafiar alguns princípios elementares do Estado Democrático de Direito. De instituição, que deveria ser um meio pelo qual os titulares de direitos autorais perceberiam o que lhe é devido, o Ecad tornou-se um fim em si mesmo. Voltado para seu próprio umbigo – e para os interesses de seus controladores e dirigentes – o Ecad transmudou-se em cartel, pernicioso para a ordem econômica brasileira, e muito distante do que reivindica a classe artística, protagonizando toda sorte de desvios e ilícitos.

BRASIL. SENADO FEDERAL(2012)

¹¹ O Ecad foi alvo de outras quatro CPIs: uma da Câmara dos Deputados (1995/96), e três das Assembléias Legislativas do Mato Grosso do Sul (2005), São Paulo (2009) e Rio de Janeiro (2011).

A CPI também propôs o indiciamento de 15(quinze) pessoas¹² pelos crimes de apropriação indébita de valores, fraude na realização de auditoria, formação de cartel e enriquecimento ilícito. Pelo cartel e pelo fechamento de mercado, o ECAD foi condenado a pagar multa de cerca de R\$ 6,4 milhões. A pena aplicada a cada associação foi de R\$ 5,3(cinco milhões e trezentos mil reais) pela cartelização, pois a forma de precificação, combinada entre as associações ofende ao princípio da concorrência.

Além da condenação, anexo ao relatório da CPI encontra-se anteprojeto de lei para reforma da Lei de Direitos Autorais, atendendo à demanda de modificação a fim de possibilitar o maior controle e fiscalização do Estado nas atividades do Ecad e das suas associações.

¹²Foram eles: José Antônio Perdomo Corrêa (UBC): crime contra ordem econômica, apropriação indébita e falsidade ideológica; Roberto Correa Mello (ABRAMUS) e José Alves da Silva (AMAR): crime contra ordem econômica, apropriação indébita, falsidade ideológica e violação do dever de lealdade (conflito de interesse); Glória Cristina Rocha Braga Botelho (Ecad): crime contra ordem econômica, apropriação indébita e falsidade ideológica; Marco Venício Mororó de Andrade (AMAR): crime contra ordem econômica e apropriação indébita; Jorge de Souza Costa (SOCINPRO): crime contra ordem econômica, falsidade ideológica e crime de usura; Chrysóstomo Pinheiro de Faria (SICAM): falsidade ideológica; Angela Virginia de Rezende Lopes (ÁTIDA): apropriação indébita; Edmilson Fernandes Machado (ÁTIDA): apropriação indébita; Martha Estefaneli (ÁTIDA): apropriação indébita; Cleide Santini (ÁTIDA): apropriação indébita; José Alves da Silva (AMAR): falsidade ideológica; Kleber da Silva (SBACEM): falsidade ideológica; Maria Cecília Garreta Prats Caniato (ABRAMUS): apropriação indébita; Denis Lobo (Presidente da SBACEM): crime contra ordem econômica; Marcel Camargo de Godoy (Presidente da ASSIM): crime contra ordem econômica.

3. DESAFIOS E RESISTÊNCIAS NA MODIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO

3.1 OS DESAFIOS

Desde a sua publicação a Lei 9.610/98 foi alvo de críticas, por se encontrar obsoleta em alguns pontos, diante do avanço tecnológico proporcionado pela internet e novas mídias. Foram quase 20 (vinte) anos decorridos de sua elaboração até a sua publicação, o que gerou este vácuo em relação ao uso das novas tecnologias de informação e comunicação. O modo de consumo dos bens culturais, em especial a música, foi transformado completamente. Do âmbito do consumidor, deixou-se de lado o suporte, discos e fitas já são hoje objetos de colecionadores, não essenciais ao ato de fruição das obras, o que se reflete no mercado fonográfico, as editoras de música, detentoras do *copyright*¹³ hoje têm muito mais expressividade econômica¹⁴ que as gravadoras, soberanas do mercado há vinte anos.

A reformulação da legislação autoral brasileira implica necessariamente em adequá-la uma realidade na qual cada indivíduo, em qualquer lugar do planeta, possa simultaneamente acessar bens intelectuais, que podem estar sendo produzidos naquele mesmo instante pelas indústrias culturais dinâmicas.

WACHOWICZ (2015a)

Outro importante aspecto que apontava para a urgente atualização e reforma da lei era a falta de transparência e controle na gestão coletiva dos direitos autorais, e à medida que as denúncias contra as irregularidades cometidas pelo órgão arrecadador aumentavam, criava-se também uma pressão interna para que a nova versão da lei contemplasse estas demandas.

“O resultado dos debates havidos foram positivos, inaugurava-se no país um movimento que aglutinavam diversos setores da sociedade envolvidos no processo de criação e produção de bens intelectuais que apontavam para: (i) a necessidade de revisão da legislação existente, e, (ii) a necessidade da redefinição do papel do Estado no campo autoral e da gestão coletiva.”

WACHOWICZ(2015 b)

Após uma série de fóruns e espaços abertos à discussão da lei, durante os governos do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, foi implementado, em 2007 o Fórum Nacional de

¹³Entendido como direito exclusivo de exploração de uma obra de arte, no caso das editoras em geral são feitos contratos de cessão entre o autor e o seu representante editorial, que tem a obrigação de comercializá-lo, oferecendo aos usuários o repertório para ser utilizado em peças publicitárias, filmes e novelas por exemplo.

¹⁴Segundo Wachowicz(2015), atualmente se percebe um desequilíbrio na relação entre criadores e investidores é marcada pela cessão total de direitos dos primeiros (nacionais) para os últimos, principalmente empresas de capital estrangeiro, tais como Sony, Universal e Warner, instaladas no Brasil, sem qualquer forma de revisão do equilíbrio contratual.

Direito Autoral, tendo como um dos seus principais objetivos a redefinição do papel do Estado neste campo.

“Outra proposta importante é a adequação da atuação do Estado para regular a seara autoral, por exemplo no tocante à gestão coletiva de direitos autorais. A gestão coletiva de direitos autorais é uma conquista e uma necessidade para os autores. Ainda assim, são muitas as insatisfações com a forma de funcionamento desse sistema, particularmente no segmento de execução pública da música. Em outras áreas artísticas não há uma clara previsão legal ou a gestão coletiva está precariamente organizada. Além disso, o Brasil é um dos raríssimos países do mundo onde não há qualquer supervisão estatal na gestão coletiva. Também será importantíssimo debater a criação de uma instância administrativa de mediação e arbitragem na área autoral, tendo em vista que em sua ausência, todos os problemas devem ser resolvidos pela via judicial, provocando uma elevação dos custos do sistema, demora nas decisões e fragilidade da doutrina e da jurisprudência na área do Direito Autoral.”

MINISTÉRIO DA CULTURA. Fórum Nacional de Direito Autoral. 2007/2008

Durante os anos de 2007 e 2008 foi prevista a realização de 6 (seis) seminários - Seminário de lançamento do Fórum, cujo tema principal foi “Os direitos autorais no século XXI” ; Seminário sobre gestão coletiva; Seminário para acadêmicos e autoristas; Seminário para artistas e autores; Seminário para usuários e consumidores de obras protegidas; Seminário sobre novas tecnologias; Seminário internacional sobre Direito Autoral- além disto foram agendadas 11 (onze) oficinas nacionais, sendo oito regionais (nordeste, norte, sudeste, sul e centro-oeste), além de mais duas oficinas para a área de Conhecimentos e Expressões Culturais Tradicionais e uma outra oficina para os investidores da área autoral (editores de livros, produtores fonográficos, radiodifusores etc). Em que pese a mudança do Ministro da Cultura, com a saída de Gilberto Gil em agosto de 2008 para a entrada de Juca Ferreira, por ter este sido secretário do primeiro durante a gestão, e pela grande afinidade, o Fórum foi mantido, dando continuidade aos trabalhos.

Foi então que em 2009, no III Congresso de Direito do Autor e Interesse Público foi apresentado o anteprojeto para a revisão da Lei 9.610/98, a proposta do evento foi delineada de forma bastante específica

Este III Congresso sobre Direito de Autor e Interesse Público constitui-se em mais uma etapa nas discussões sobre a revisão da Lei de Direito Autoral (Lei 9.610/98) e dará continuidade à sequência de eventos que teve a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento da situação dos Direitos Autorais no Brasil. Esse processo foi deflagrado em 2005, a partir de uma demanda da I Conferência Nacional de Cultura, que nas suas resoluções finais propôs a promoção de debates públicos sobre o Direito Autoral e uma postura mais ativa do Estado na formulação de políticas públicas para o setor. [...]As propostas surgidas nesse III Congresso sobre Direito de Autor e Interesse Público complementarão a construção de um anteprojeto de Lei que será apresentado à sociedade, que terá a oportunidade de se manifestar por meio

Sendo assim, após a realização do seminário o Ministério da Cultura iniciou o inovador processo de consulta pública para a incorporação de modificações à Lei de Direitos Autorais. Entre junho e agosto de 2010 a proposta de anteprojeto esteve aberta a sugestão de todos os interessados, independente de pertencerem ou não a alguma entidade ou categoria específica. Havia na proposta sete pontos de destaque: das limitações aos direitos do autor; usos das obras na internet; reprografia das obras literárias; **gestão coletiva de direitos autorais; supervisão estatal das entidades de cobrança e distribuição de direitos;** unificação de registro de obras e controle de obras feitas sob encomenda.

Em 14 de junho de 2010 o texto foi disponibilizado em um blog oficial do Ministério da Cultura, com a possibilidade de contribuições ao texto e complementação das sugestões dos demais usuários, o que deu maior qualidade à dinâmica de participação, otimizando o fluxo de ideias, permitindo a evolução no texto das propostas. Segundo Wachowicz (2015)

“Inaugurou-se um processo legislativo até então inédito no país em matéria de direitos intelectuais. Tratava-se de um processo formal de consulta pública pela INTERNET, pelo qual, qualquer cidadão, organização com ou sem personalidade jurídica, poderia participar on line, com sua opinião e sugestão, artigo por artigo do projeto de reforma da LDA.”

WACHOWICZ, 2015 (c)

Foi papel da Diretoria de Direitos Intelectuais – DDI, do Ministério da Cultura organizar a reforma da Lei de Direitos Autorais, através do seu diretor, Marcos de Souza, que afirmou em entrevista ao site Cultura e Mercado(2010) “que a ideia não se destinava a ‘colher manifestações de caráter plebiscitário’, mas aperfeiçoar e enriquecer o texto.” Foram travados diversos embates com opositores ao texto, tais quais a Abramus e a Academia Brasileira de Letras que eram contra as modificações, sobretudo no que diz respeito à participação do Estado.

Em 23 de dezembro de 2010 o texto do anteprojeto foi encaminhado à Casa Civil para aprovação, era o final do governo Lula. Com o início do governo Dilma Rousseff começa a resistência à modificação dentro do próprio MinC.

3.2 AS RESISTÊNCIAS

O início do governo Dilma Rousseff marca a mudança no Ministério da Cultura e no posicionamento da pasta em relação à modificação da LDA. A nova ocupante do cargo, a cantora Ana de Hollanda teve como uma de suas primeiras medidas em relação ao tema

afastar¹⁵ o então representante da DDI Marcos de Souza e nomear¹⁶ em seu lugar a advogada Márcia Regina Barbosa que foi diretora-executiva do antigo Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA) nos anos 1980 e servidora da Advocacia-Geral da União desde 1995. Questionada sobre o retrocesso que seria a volta do projeto de lei da Casa Civil para uma reanálise pelo Ministério, se pronunciou a nova gestora

“A gestão do Marcos trouxe avanços, mas em toda mudança de gestão é preciso tomar a rédea das coisas antes de anunciar planos. [...] Por isso, pode ser que façamos um novo projeto ou que montemos comissões para discutir pontos do atual. Mas imagino que **não vamos gastar mais quatro anos** para dar continuidade ao processo, porque já temos massa crítica suficiente para trabalhar.”

BARBOSA, Márcia. Nova titular da Diretoria de Direitos Intelectuais diz que fiscalizar o Ecad seria intervenção ... Rio de Janeiro. Jornal O Globo. 02 de março de 2011. Entrevista concedida a André Miranda.

Ou seja, a perspectiva era de lentidão e retrocesso. Não parecia ser de interesse dos novos gestores da pasta a celeridade no processo. Havia muita pressão, feita sobretudo pelas associações e pelos artistas interessados na manutenção do modelo de operação do Ecad até então, visão compartilhada pela nova gestora da DDI.

“O Ecad foi criado porque, na época, eram quatro ou cinco associações querendo arrecadar ao mesmo tempo de um usuário. Foi uma grande sacada. O CNDA, em que eu trabalhei, tinha a função de fiscalizá-lo, e eu me lembro de ter intervindo duas vezes no Ecad. Mas, depois, parou-se de fiscalizar por um anseio da própria sociedade. Recentemente, no último contato que tive com o Ecad, fiquei encantada em ver como o escritório cresceu e se modernizou. Se houver um desejo da sociedade de que o Ecad volte a ser fiscalizado, precisamos debater. Mas é necessário medir isso bem porque, afinal de contas, seria o Estado intervindo no direito do autor.”

BARBOSA, Márcia. Nova titular da Diretoria de Direitos Intelectuais diz que fiscalizar o Ecad seria intervenção ... Rio de Janeiro. Jornal O Globo 02 de março de 2011. Entrevista concedida a André Miranda.

Após muitas críticas e pressão dos interessados nas modificações a nova Ministra encaminhou, no final de outubro de 2011, uma outra versão do projeto de Lei. Diferente do

¹⁵ À época, Marcos de Souza se pronunciou sobre a mudança em entrevista ao jornal O Globo “É prerrogativa do dirigente escolher as pessoas para o cargo de confiança, é normal a mudança - diz Souza. - Mas eu tenho muita convicção a respeito do trabalho que foi executado pela DDI. Direito autoral não é fácil. Não é fácil agradar todo mundo. Mas foi um trabalho sério, honesto. O meu maior lamento é sair sem dar um retorno para a sociedade do que fizemos.” SOUZA, Marcos. Ana de Hollanda nomeia advogada ligada a representante do Ecad para o MinC e indica que vai ... Rio de Janeiro, Jornal O Globo. 01 de março de 2011. Entrevista concedida a André Miranda.

¹⁶ Foi levantada polêmica em relação à nomeação de Márcia ter sido feita por indicação de Hildebrando Pontes Neto, ex diretor do CNDA e advogado do Ecad em mais de uma centena de processos.

primeiro texto, este foi redigido em caráter totalmente sigiloso, e aprovado internamente por um grupo interministerial. Especialistas ouvidos na época apontaram que os textos guardavam muitas semelhanças, era mantido algo em torno de 85% do texto original, ou seja, apesar de discordar do controle do Estado, não foi proposto neste momento nenhuma reorientação radical, talvez na expectativa de que essas mudanças fossem pontuadas pelo legislativo quando da aprovação do projeto de lei, em uma tentativa de literalmente empurrar a discussão para o Congresso Nacional, onde, talvez por conta dos interesses políticos distintos, fosse mais fácil de acordar as modificações com as alas contrárias à participação do Estado.

Em 2012, com a primeira reforma ministerial do governo Dilma Rousseff, sai Ana de Hollanda e entra Marta Suplicy, que traz de volta Marcos de Souza, recompondo a estrutura inicial, em uma clara sinalização de que o debate iria ser retomado do ponto anterior ao definido por sua antecessora, com o MinC ocupando papel de destaque na articulação política. Com a volta dos idealizadores o projeto foi retomado e, após muito diálogo com entidades representativas, como o Grupo de Ação Parlamentar Pró Música (GAP)¹⁷ e o Movimento Procure Saber¹⁸. O projeto de Lei nº 5.901/2013 foi encaminhado à Câmara dos Deputados, e autuado como PL. Por votação unânime do Plenário, passou tramitar em regime de urgência (Requerimento nº 8.178/2013). Em 09 de julho de 2013, a proposição foi aprovada, em sequência, pela Comissão de Cultura, pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania e, ao final, pelo Plenário da Câmara dos Deputados. Após isto foi devolvida ao Senado Federal em 10 de julho de 2013. O Projeto foi sancionado sem vetos pela Presidenta Dilma Rousseff em 14 de agosto de 2013, entrando em vigor 120(cento e vinte) dias depois, ou seja, em 13 de dezembro de 2013. Entretanto, antes disto a Lei foi objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADI(s), a ADI 5062 e ADI 5065, em novembro de 2013, ambas sob a relatoria do Ministro Luiz Fux.

A ADI 5062, proposta¹⁹ pelo Ecad e a Associação Brasileira de Música e Artes

¹⁷ Grupo formado por um grupo de profissionais da música que se organizou em 2005 com o objetivo de atuar junto ao poder público, o GAP luta por mudanças legislativas que tragam soluções aos problemas que afetam o setor musical. Entre seus membros estão artistas como Frejat e Fernanda Abreu, Ivan Lins, Leoni, Carlos Mills, Dudu Falcão, Leo Jaime, Tim Rescala, Mú Carvalho e Felipe Radicetti.

¹⁸ Associação composta por autores e artistas, dedicada a estudar, atuar e informar sobre funcionamento da indústria musical e artística no Brasil. Liderados pela produtora Paula Lavigne o movimento contava, à época com nomes de peso na música brasileira, como Chico Buarque, Caetano Veloso, Gilberto Gil e Roberto Carlos, tratando não somente dos direitos relativos à música mas também da polêmica em torno das biografias não autorizadas. O grupo fez duras críticas às editoras, considerando que estas são as verdadeiras beneficiárias dos grandes valores arrecadados pelos autores.

¹⁹ O Art. 103 da Constituição da República Federativa do Brasil lista, em rol taxativo, que são os legítimos proponentes das Ações Diretas de Inconstitucionalidade. No caso do Ecad há prerrogativa formal do inciso

(ABRAMUS), a Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes (AMAR – SOMBRÁS) Sociedade Musical Brasileira, a Associação de Intérpretes e Músicos (ASSIM), a Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música (SBACEM), a Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais (SICAM), a Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais (SOCINPRO), questiona a constitucionalidade de determinados artigos da lei, alegando, entre outros argumentos, que haveria violação à separação dos Poderes, à livre iniciativa, à isonomia, ao direito à propriedade, a liberdade de associação, o direito à intimidade, a proteção à propriedade imaterial e aos segredos de negócio, bem como ofenderia os princípios da proporcionalidade, subsidiariedade e consensualidade, contrariando assim os artigos 60, § 4º, inciso III; 1º; 170; 5º, caput e incisos XXII, XVII, XVIII, XIX, X, XXIX, e XXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil. A ADI 5065, proposta pela União Brasileira de Compositores (UBC) segue as mesmas linhas de questionamento, incluindo o questionamento sobre a inconstitucionalidade formal da lei, tendo com base o seu “acelerado processo de aprovação”. As ADI(s) foram julgadas no mesmo processo. Por determinação do Ministro foi aplicado o rito abreviado, previsto no Art.12 da Lei nº 9.868/99, o que deu maior celeridade ao julgamento. Além disto a Lei nº12.853/13 foi objeto de quantidade significativa de debates, devido ao seu caráter inovador e o rompimento com a antiga lógica, se mostrou necessário também um processo de regulamentação.

IX, pois a entidade é de âmbito nacional.

4. A PARTICIPAÇÃO SOCIAL E A ATUAÇÃO DO ESTADO NA CONSTRUÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO AUTORAL BRASILEIRO

O processo de construção da nova legislação do Direito Autoral é marcada sobretudo pelo alto grau de contribuição da sociedade na elaboração das políticas públicas, incluindo a elaboração de leis, é a chamada participação popular. Scuassante (2016) define que “a participação popular é vista como uma possibilidade de indivíduos e/ou grupos sociais intervirem em favor de seus interesses, nas decisões relacionadas à escolha e gestão de políticas públicas, sendo assim, um modelo clássico de democratização.”

Este processo é fomentado justamente através da criação de mecanismos que estimulem a participação da sociedade, tais como conselhos conferências, ouvidorias, mesas de diálogo, consultas públicas, audiências públicas e ambientes virtuais de participação social. No caso da legislação sobre o Direito Autoral verificamos a existência de todos estes mecanismos, o que garante portanto que a referida legislação é fruto não somente do poder regulamentador do Estado, mas também da participação popular. As modificações inseridas são reflexo das discussões travadas, as análises detalhadas dos dispositivos que incluem ou alteram a lei remete às disputas ideológicas realizadas à época da discussão, algumas demandas foram atendidas, outras equilibradas diante das controvérsias.

4.1 A CONSULTA PÚBLICA

Ainda no processo de elaboração da Lei nº12.853 foi realizada a primeira consulta pública, através da internet, na qual foram computadas 8.431(oito mil quatrocentas e trinta e uma) participações de pessoas, físicas, jurídicas ou entes coletivos organizados. Foram 79 (setenta e nove) dias em que a página recebeu contribuições significativas, que foram incorporadas ao debate. O processo inovador logrou tanto êxito que está sendo repetido atualmente, na consulta sobre execução pública de música e internet.

Também foi realizada, no curso do processo de conhecimento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, audiência pública presencial, na qual o Ministro Relator convocou representantes de diversos segmentos, com interesse real na legislação recém inserida no ordenamento jurídico. A audiência pública da forma tal qual foi utilizada encontra lastro jurídico na lei nº 9.868/99

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. BRASIL. LEI Nº 9.868 de 10 de novembro de 1999.

O Ministro entendeu que havia a necessidade de dialogar diretamente com os destinatários da lei, e à época pronunciou-se sobre o tema, dizendo que “o debate sobre a matéria ultrapassa os limites estritamente jurídicos e exige abordagem técnica e interdisciplinar, 'atenta às nuances da gestão coletiva de direitos autorais e às repercussões práticas que o novo modelo normativo ensejará sobre a dinâmica do setor”.

A audiência pública foi convocada para o dia 17 de março de 2015, respeitando a proporcionalidade entre favoráveis e contrários à lei. Foram 24 (vinte e quatro) expositores²⁰, cada um com 10(dez) minutos de fala. Houve transmissão ao vivo pela TV Justiça, Rádio Justiça e por *streaming* no serviço de vídeos do *youtube*.

A propositura da ADI já remete a um questionamento sobre as contradições internas do mercado musical. Tendo como *amicus curiae*²¹ a Associação Procure Saber e a UBEM²², que em novembro de 2015 tiveram o ingresso admitido no feito nesta condição que, segundo

²⁰ Participaram da Audiência: Humberto Costa – Senador e relator do projeto de lei que originou a Lei nº 12.853/2013; Fernando Brant – Presidente da União Brasileira de Compositores (UBC); Randolfe Rodrigues – Senador e autor do requerimento da CPI do Ecad; Gloria Braga – Superintendente Executiva do Ecad; Jandira Feghali – Deputada e relatora do projeto de lei que originou a Lei nº 12.853/2013; Roberto Corrêa de Mello – Presidente da Associação Brasileira de Música e Artes (Abramus); Marcos Alves de Souza - Diretor de Direitos Intelectuais do Ministério da Cultura (Minc); Luis Cobos – Maestro e presidente da Federação Ibero-Latinoamericana de Artistas (Filaje); Aderbal Freire Filho – Presidente da Sociedade Brasileira de Autores Teatrais (SBAT); João Luiz Woerdenbag Filho (Lobão) – Compositor, músico, escritor e produtor musical; Roberto Frejat – Cantor e compositor, integrante do Grupo de Ação Parlamentar Pró-Música; Marcelo Campello Falcão – Presidente da União Brasileira de Editoras de Música (Ubem); Paulo Estivallet de Mesquita – Embaixador e Diretor do Departamento Econômico do MRE ; Roberto Batalha Menescal – Músico e compositor; Ronaldo Lemos – Membro do Conselho de Comunicação do Congresso Nacional; Gesner Oliveira – Professor do Departamento de Planejamento e Análise Econômica da EAESP/FGV; Carlos Ragazzo – Superintendente-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade); Sylvio Capanema de Souza – Advogado e ex-desembargador do TJ-RJ; Paula Mafrá Lavigne – UNS Produções Artísticas e Uns e Outros Produções e Filmes; Marcílio Moraes – Presidente da Associação de Roteiristas; Victor Gameiro Drummond – Instituto Latino de Direito e Cultura; e Inter Artis Brasil; Luiz Sá Lucas – Diretor Técnico do Ibope Inteligência; Denis Barbosa – Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual; José de Araújo Novaes Neto (Juca Novaes) – Compositor, cantor e instrumentista

²¹ O STF define o termo como "Amigo da Corte". Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa.

²² A União Brasileira de Editoras de Música, a UBEM é uma entidade que representa uma grande parcela das editoras de música, tendo no seu corpo diretor representantes da Warner, Sony/EMI e Universal por exemplo.

define o STF representa uma espécie de “intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional.” Para André Ramos Tavares a participação do *amicus curiae* e da audiência pública revelam a abertura do processo objetivo, proporcionam uma importante pluralização do debate (TAVARES, 2007). A diversidade de opiniões ficou evidenciada, inclusive dentre a própria classe artística houve a leitura de que o movimento estava dividido.

Segundo o músico Roberto Frejat, que participou da audiência defendendo a Lei, a ação movida pelo Ecad e associações era sobretudo inusitada. Em entrevista à época disse estar “surpreso que as entidades que deveriam proteger os titulares estão entrando com Ação de Inconstitucionalidade contra lei que eles mesmos pediram para o Congresso aprovar. “É uma contradição que mostra a situação que estamos vivendo nesse momento”.

Já os contrários à lei defendiam sobretudo a autonomia do mercado, contestando o suposto viés autoritário da legislação. Para Roberto Corrêa de Mello, presidente da Abramus, há um verdadeiro plano de obtenção de informações por parte do Estado. Disse em entrevista à época que “o governo quer ter acesso aos repertórios, a movimentação financeira, as bases de dados das obras e ter senhas bancárias, acabar com sigilos financeiros e bancários dos titulares, o que significa, uma explicitação progressiva do intervencionismo e do poder de império dos usuários de obras musicais e fonogramas”.

Enquanto os autores, intérpretes e demais entidades do mercado fonográfico se articulavam em seus posicionamentos, grupos de usuários de obras musicais também se juntavam em grupos de interesse para discutir a aplicabilidade da lei nos seus setores. Importante articulação foi feita pelos representantes²³ da Comunicação Pública, insatisfeitos

²³ Participaram do processo e assinaram manifesto as seguintes entidades ABEPEC – Associação Brasileira de Emissoras Públicas, Educativas e Culturais; ARPUB – Associação das Rádios Públicas do Brasil; ASTRAL – Associação Brasileira de Televisões e Rádios Legislativas; AMARC BRASIL – Associação Mundial de Rádios Comunitárias; ABCCOM – Associação Brasileira de Canais Comunitários; EBC – Empresa Brasil de Comunicação – TV Brasil, Rádios Nacional e MEC; Fundação Piratini – TVE-RS e Cultura FM de Porto Alegre; Fundação de Telecomunicações do Pará – TV Cultura/PA e Rádio Cultura FM de Belém; Fundação Antares do Piauí – TV Antares e Rádio Antares 800 AM; Fundação Aperipê do Sergipe – TV Aperipê e Rádios Aperipê FM e AM; Fundação de Radiodifusão Educativa do Estado do Tocantins – REDESAT; Instituto de Radiodifusão Educativa da Bahia – TV Educativa e Rádio Educadora FM; Instituto Zumbi dos Palmares de Alagoas – TV Educativa e Rádios Difusora e Educativa; Empresa de Rádio e Televisão Difusora de Roraima; Fundação de Rádio E Televisão Educativa e Cultural de Viçosa-MG (FRATEVI); TV Educativa e Rádio Educativa do Paraná; Fundação Pioneira de Radiodifusão Educativa do Paraná, Rádio Universitária Três Rios; Núcleo de Rádio e TV Universitária da UFPE; Rádio Universitária FM da UFOP, Ouro Preto-MG; Rádio Educativa FM da UFMG, Belo Horizonte-MG; Rádio Universitária 870 AM da UFG, Goiânia-GO; Rádio Educativa da UEL, Londrina-PA; Rádio Universitária FM da UFRR, Boa Vista-RR; Rádio Universitária FM da UNESP, Bauru-SP; Rádio Universitária 104,7 FM, Vitória-ES; Rádio Universidade FM da UFMA, S.Luis-MA; Rádio Unijuí FM, Ijuí-RS; Rádio UFS FM, S.Cristóvão-SE; Rádio UFSCAR,

com a desconsideração do Ecad em relação à primazia do interesse público e à natureza não comercial que caracteriza a atividade destes usuários. Em carta, elaborada pela Associação Brasileira de Emissoras Públicas – ABEPEC e pela Associação de Rádios Públicas – ARPUB. Um dos pontos mais contundentes diz respeito ao critério de cobrança. A prática de cobrar a título de execução musical, tendo como base o faturamento da emissora é um dos pontos de tensão, pois em que pese o orçamento da empresa pública ter rubricas específicas, como investimento e pagamento de pessoal, o Ecad insistia em considerá-lo, em seu todo, como o faturamento, estabelecendo uma taxa de cobrança sobre o valor bruto repassado pela União

Como empresa pública de comunicação, não trabalhamos com o conceito de faturamento na composição da maior parte dos recursos que compõem o orçamento de nossa empresa. Nossas emissoras são vinculadas a empresas estatais dependentes ou a Universidades Públicas, ou a órgãos públicos da administração direta, portanto nossos recursos advêm, principalmente, dos Orçamentos Públicos da União, dos Estados ou dos Municípios. Insistir em cobrar um percentual sobre o nosso orçamento, e traduzir como ‘faturamento’ a totalidade do orçamento anual da EBC, de uma Universidade Pública (Federal ou Estadual), ou de uma Secretaria Estadual ou Municipal, é desconhecer totalmente a singularidade do funcionamento da comunicação pública. Não somos um negócio comercial, não auferimos lucro, não baseamos nossa programação e conteúdo a partir da busca frenética por audiência e venda de anúncios publicitários, embora possamos ter uma pequena parte de nosso orçamento construído a partir de receitas próprias, incluindo publicidade institucional. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS PÚBLICAS E ASSOCIAÇÃO DAS RÁDIOS PÚBLICAS. Carta da Comunicação Pública em defesa da Lei nº 12.853/13. Mensagem recebida por e-mail em 17 de março de 2014

As entidades ainda levantaram como ponto os critérios de formação de preço, privilegiando critérios aplicáveis somente a grandes centros urbanos, um perfil de público diferente do alcançado pela comunicação pública. A defesa da Lei por esta parcela de usuários tem como principal argumento que a transparência na cobrança e no repasse, com a adoção de critérios condizentes com o real nível de utilização de obras musicais, faria com que os valores cobrados deixassem de ter caráter arbitrário e inflexível. Explicando quais os diferenciais, dizem os autores da carta

No caso das emissoras de rádio, o Ecad estabelece uma planilha/tabela a partir do cruzamento de três critérios que são considerados fundamentais por esta entidade, e que são os mesmos praticados com as rádios comerciais: potência do transmissor, população da região atingida, e o nível socioeconômico da região. A lógica que predomina é a lógica do mercado, que nada tem a ver com a missão da comunicação pública. Transmissores mais potentes significam apenas que o sinal daquela emissora pode chegar a uma região mais longe, abrange uma área maior. Não necessariamente significa mais público. Uma AM, em geral, abrange uma área maior do que uma FM, mas quase sempre o público de uma FM é superior ao de uma AM.

S.Carlos-SP; Rádio Federal FM 107,9, de Pelotas-RS; Rádio 104 FM de Campo Grande-MS; Rádio Difusora de Macapá-AP; Rádio FURG FM, Rio Grande-RS; Rádio Frei Caneca FM, Recife-PE; Rádios Tabajara AM e FM-PB; Rádio Câmara-DF; Rádios UDESC FM, Florianópolis-SC, Joinville-SC e Laje-SC.

Igualmente, uma OC atinge uma área maior do que uma AM, mas nem sempre isso significa um público maior, ao contrário. Neste caso, quanto maior é a potência de um transmissor, maiores custos tem a empresa de comunicação pública responsável não só pela instalação, mas também pela manutenção desses transmissores. Densidade populacional pode significar potencial de população a ser atingida, mas não necessariamente uma maior audiência. Apenas um exemplo disso, a Rádio Nacional OC da Amazônia atinge populações situadas em distâncias mais longínquas, mas a densidade populacional da Amazônia é a mais baixa do país. Sem esquecer que uma coisa é o potencial de população que pode ser atingida por uma emissora, outra coisa bem diferente é o índice real de audiência de cada emissora (os índices de audiência das emissoras públicas tem sido historicamente baixos). Por fim, o critério do nível socioeconômico da população de uma região pode até ter alguma lógica interna num mercado publicitário (regiões mais ricas e desenvolvidas, mercado mais aquecido, mais anunciantes, anúncios mais caros), mas tampouco responde diretamente à realidade da comunicação pública, que existe exatamente para tentar atender a regiões e população mais desassistidas.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS PÚBLICAS E ASSOCIAÇÃO DAS RÁDIOS PÚBLICAS. Carta da Comunicação Pública em defesa da Lei nº 12.853/13. Mensagem recebida por e-mail em 17 de março de 2014

Além dos representantes da Radiodifusão pública outros setores também se uniram para discutir a aplicabilidade da Lei. Um dos grandes interessados são os grupos hoteleiros, que, segundo dados do ECAD, em 2015 foi responsável pelo pagamento de R\$ 24,3(vinte e quatro milhões e trezentos mil reais) relativos aos direitos autorais. O setor, que representa 13.9% do total da arrecadação, enfrenta uma questão mais complexa, pois há a controvérsia²⁴ se quartos de hotéis seriam ou não locais de frequência coletiva, e portanto sujeitos à cobrança de valores a título de Direito Autoral pelo fato de disponibilizarem rádios e televisores em suas unidades habitacionais. Porquanto existe a polêmica, se mostrou o setor hoteleiro também bastante interessado em opinar sobre a constitucionalidade da Lei nº 12.853/13

Organizados em um grupo de trabalho proposto pela Diretoria de Direitos Intelectuais – DDI do MinC, que a esta altura já contava com um quadro de funcionários mais sólido e

²⁴ O principal argumento dos hoteleiros é baseado na lei de número 11.771/2008, que dispõe sobre a Política Nacional de Turismo e estabelece os quartos de hotéis como locais de frequência individual e de uso exclusivo do hóspede, o que não se encaixaria no princípio de "execução pública". Em contrapartida, o Ecad se baseia na lei 9.610/98 que, em seu artigo 68, determina que todo local de frequência coletiva que utilize música publicamente (através de rádio ou aparelhos de TV) deve pagar direitos autorais ao Ecad, inserindo as unidades habitacionais neste critério. Segundo Márcio Fernandes, Gerente executivo de arrecadação do Ecad "O Superior Tribunal de Justiça vem declarando a inaplicabilidade da Lei Geral do Turismo nas ações que versam sobre direitos autorais. Portanto, apesar da Lei do Turismo dispor que o quarto de hotel não é local público, o certo é que aquela norma jurídica não se aplica e não se sobrepõe ao comando da Lei de Direitos Autorais, até porque o artigo 68, parágrafo 3º da Lei de Direitos Autorais prevê que os hotéis e motéis são locais de frequência coletiva e sem restrição de espaço, ou seja, pouco importando, se a execução pública se dá nas áreas comuns ou nos aposentos", declara o porta-voz do Ecad. O valor da retribuição autoral deve ser pago, tal como assegurado nos acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, como por exemplo: Recurso Especial nº 1.573.613-SP e Embargos de Declaração em Recurso Especial nº 1.331.8000-SP, julgados em 12/02/2016 e 21/05/2013, respectivamente.

ainda sob a direção de Marcos de Souza, foram realizadas reuniões com o intuito de debater os pontos contestados pela ADI, reforçando a necessidade das modificações propostas, um verdadeiro grupo de defesa, cujas contribuições foram utilizadas na posterior regulamentação da Lei 12.853/13.

4.2 OS ATOS DE REGULAMENTAÇÃO DA LEI Nº 12.853/13

Após extensa discussão, com grupo de trabalho coordenado pelo Ministério da Cultura e que contou com a participação dos utilizadores de músicas, detentores de direitos e atores sociais do cenário musical brasileiro a Lei foi regulamentada através do Decreto Presidencial 8.469/15. A regulamentação ocorre quando o executivo precisa adequar o disposto em lei com a realidade prática, ou seja, de que forma serão efetivadas as ações dispostas.

“Poder regulamentar é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e possibilitar sua efetiva aplicação. Seu alcance é apenas de norma complementar à lei; não pode, pois, a Administração, alterá-la a pretexto de estar regulamentando-a. Se o fizer, cometerá abuso de poder regulamentar, invadindo a competência do Legislativo.”MOREIRA, Alexandre (2010).

Em razão disto que dois anos depois da publicação da lei e com a existência de alguns elementos ainda não estavam pacificados, é editado o decreto. Dividido em onze capítulos o texto trata desde o processo de habilitação até as sanções previstas, instituindo prazos e formas de atuação.

Ainda no objetivo de regulamentar a lei nº12.853/13 o Ministério da Cultura, na condição de órgão competente para tratar da matéria no âmbito da Administração Pública Federal, instituiu atos normativos próprios, regulando as diversas questões que necessitavam de especificação. Esta gradação do poder normativo caracteriza também a hierarquia dentro da regulamentação.

Os decretos são considerados atos de regulamentação de primeiro grau; os outros atos que a ele se subordinem e que, por sua vez, os regulamentem, evidentemente com maior detalhamento, podem ser qualificados como atos de regulamentação de segundo grau e assim por diante. MOREIRA, Alexandre (2010).

O Ministério da Cultura editou 4 (quatro) instruções normativas estabelecendo critérios direcionados para cada uma das áreas que necessitam de maior especificação sobre o modo de operação. A Instrução normativa nº 1, de maio de 2016 dispõe sobre as obrigações dos usuários na execução pública de obras musicais e fonogramas inseridos em obras e outras

produções audiovisuais, já a IN nº2, também de maio de 2016 estabelece procedimentos complementares para a habilitação para a atividade de cobrança, por associações de gestão coletiva de direitos de autor e direitos conexos, na internet. A nº3 data de julho de 2015 e estabelece os procedimentos de habilitação, organização do cadastro, supervisão e aplicação de sanções para a atividade de cobrança de direitos autorais por associações de gestão coletiva e pelo ente arrecadador. Já a instrução normativa nº4 é responsável por aprovar o regulamento de resolução alternativa de conflitos. Além da regulamentação o Ministério da Cultura criou um grupo para avaliação do cumprimento da lei.

4.3 A COMISSÃO PERMANENTE PARA O APERFEIÇOAMENTO DA GESTÃO COLETIVA – CPAGC

O Ministério da Cultura, no uso das suas atribuições, constituiu, em Julho de 2015, através da Portaria nº 53 a Comissão permanente para o aperfeiçoamento da gestão coletiva – CPAGC. Desde a época da consulta pública, alguns setores já pleiteavam assento nesta comissão, alegando a necessidade de compô-la de forma diversificada, convocando representantes de diferentes segmentos da sociedade.

A composição da CPAGC está disposta no Art 2º da Portaria e prevê a participação de 16 (dezesseis) integrantes, a saber: três representantes do Ministério da Cultura; um representante do Ministério da Justiça; um representante do Ministério das Relações Exteriores; um representante do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; um representante do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; um representante da Agência Nacional do Cinema – Ancine; quatro representantes de associações representativas de titulares de direitos autorais e quatro representantes de associações representativas de usuários. Sendo a Presidência ocupada pelo Diretor de Direitos Intelectuais, com suporte de empregados designados. A participação dos membros não é remunerada,

Para compor a Comissão foi realizado um chamamento público em agosto de 2015, solicitando que as entidades indicassem pessoas²⁵ de notório saber jurídico na área de direitos

²⁵ À época tomaram posse os seguintes membros: I - representantes do Ministério da Cultura - MinC: Titular: Marcos Alves de Souza; Titular: Rachel de Souza Ferreira; Titular: Clarice Costa Calixto; II - representantes do Ministério da Justiça: Titular: Marcelo Chilvarquer; III - representantes do Ministério das Relações Exteriores -MRE: Titular: Alexandre Guido Lopes Parola; IV - representantes Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – MDIC: Titular: Igor Manhães Nazareth; V - representantes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE: Titular: Bernardo Sordo de Aquino Peixe VI - representantes da Agência Nacional do Cinema – ANCINE: Titular: Frederico Simões Senna; VII - representantes de Associações representativas de titulares de direitos autorais: Titular: Victor Gameiro Drummond, Associação de Gestão Coletiva dos Autores e Intérpretes do Setor Audiovisual do Brasil -Inter Artis Brasil; e . Titular: Vanisa Santiago Gayoso e Almendra, Associação Procure Saber / Associação Defensora de Direitos Autorais - ADDAF / Grupo de Ação Parlamentar

do autor e conexos.

A estrutura organizacional da CPAGC é estruturada em plenário, grupos setoriais, grupos de trabalho e secretaria-executiva. O regimento interno dispõe, entre outras coisas, sobre a competência do órgão para monitorar o cumprimento dos princípios e regras estabelecidos na legislação, assim como assessoramento ao Ministério da Cultura em eventuais controvérsias, processos e irregularidades, incluindo a elaboração de normas complementares voltadas à correta execução da legislação.

4.4 A DECISÃO FINAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI

A Ação Direta de Constitucionalidade, enquanto uma das modalidades de controle concentrado da Constituição, permite ao judiciário avaliar previamente se a norma infraconstitucional estaria de alguma forma violando o ordenamento jurídico, podendo ser realizado anteriormente à publicação, tendo como objeto o projeto de lei, o que seria o controle prévio, ou posteriormente, em relação à lei, como no caso das ADI(s) 5062 e 5065. Tem como objetivo pacificar o entendimento, conferindo segurança jurídica aos seus destinatários.

O controle de constitucionalidade é um dos mecanismos utilizado pelo ordenamento jurídico para restaurar a harmonia do sistema, quando esta for quebrada. Assim, o controle de constitucionalidade confere a compatibilidade entre uma lei ou ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Se o sistema observa o contraste, fornece então um conjunto de medidas que tenham como finalidade restaurar a unidade ameaçada (BARROSO, 2006, p. 01-02).

O Supremo Tribunal Federal no controle concentrado tem a capacidade de julgar se há ou não ofensa à constituição, em um processo detalhado onde não há de fato uma lide, e sim uma

Pró-Música -GAP; e Suplente: Roberto Frejat, Sindicato dos Músicos do Estado do Rio de Janeiro / Grupo de Ação Parlamentar Pró-Música – GAP. Titular: Marcel Camargo e Godoy, Associação de Intérpretes e Músicos - ASSIM; e Suplente: João Carlos de Camargo Eboli, Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais – SOCINPRO. Titular: Luiz Augusto Rescala, Associação Brasileira de Compositores de Música para Audiovisual - Musimagem Brasil / Sindicato dos Músicos do Estado do Rio de Janeiro; e Suplente: Carlos Eduardo Carneiro de Albuquerque Falcão, Associação Procure Saber. VIII - representantes de associações representativas de usuários: Titular: Clarissa Kede de Freitas Lima, Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão - ABERT; e Suplente: Flávia Marques Lizardo, Associação Brasileira de Rádio e Televisão - ABRATEL. Titular: Nara Vieira Bucar, Associação das Rádios Públicas do Brasil - ARPUB; e Suplente: Marcos da Silva Colares, Empresa Brasil de Comunicação - EBC. Titular: Jonas Antunes Couto, Associação Brasileira de Televisão por Assinaturas - ABTA; e Suplente: Marcos Alberto Santanna Bitelli, Federação Nacional das Empresas Exibidoras Cinematográficas – FENEEC. Titular: Ricardo Rielo Ferreira, Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo - CNC; e Suplente: Guilherme Coutinho Silva, Associação Brasileira de Bares e Restaurantes -ABRASEL.

controvérsia jurídica essencial, onde não há um interesse ou direito subjetivo a ser tutelado

“A função jurisdicional busca solucionar conflitos de interesse, via de regra. Através do controle concentrado, ainda que também seja jurisdicional, é um exercício atípico de jurisdição, pois não há um litígio concreto a ser solucionado por ele. Busca-se alcançar a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo a fim a proteger o próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento incompatível com a Lei Maior” (BARROSO, 2006, p. 133-134).

No caso da Lei 12.853/13 foram apresentados argumentos que apontavam para a inconstitucionalidade formal e material, sobretudo em relação aos direitos da personalidade e da propriedade privada.

4.4.1 – DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

Segundo o alegado pela UBC na ADI 5065, havia vício formal, caracterizado pela celeridade do andamento do PL, apenas 14 dias e por supostas modificações ao texto original quando da substituição do relator na Câmara.

“Flagrante, pois, o vício de inconstitucionalidade formal, na medida em que foi obstado, sem justificativa, o curso pacífico da proposta legislativa aprovada, bem como introduzidos vários elementos novos se comparados ao texto originalmente revelado pelo PLS 129, alvo do substitutivo do Senador Humberto Costa”. BRASIL.STF (2013)

O STF afastou a possibilidade de vício formal, com base no histórico de construção da lei, incluindo a recomendação expressa no relatório final da CPI do Ecad, o qual diz “*que o Congresso Nacional aprove, em regime de urgência, o projeto de lei que vai anexo a este relatório, que dispõe sobre o Novo Sistema de Gestão Coletiva de Direitos Autorais*”. Ou seja, a urgência já havia sido verificada em 2011, não cabendo portanto o questionamento sobre a celeridade da aprovação. O Ministro ressalta ainda que não há limites mínimo de tempo para a aprovação de uma Lei, diz em sua justificativa que

“A Constituição de 1988 não estabeleceu prazos mínimos para tramitação de projetos de lei, nem disciplinou o regime urgente de tramitação, circunstância que, a meu sentir, confere espaço suficiente para o legislador imprimir aos seus trabalhos a cadência que julgar adequada.” BRASIL.STF(2016)

Sendo assim não foi considerado vício de constitucionalidade a celeridade com a qual o projeto de lei tramitou nas duas casas. Inclusive seria no mínimo estranho que, em um país como o Brasil, cuja omissão e inércia legislativas acabam por privar parte da população do

exercício de alguns direitos, haja condenação por vício formal quando o processo ocorrer de forma célere.

4.4.2 DA VIOLAÇÃO AO DIREITO À PRIVACIDADE

Os autores da ADI contestavam que a transparência pretendida pela lei 12.853/13 configura um instrumento de quebra de privacidade. Argumenta a UBC, na ADI nº 5.065 que “a divulgação dessas informações permitirá que toda e qualquer pessoa tome conhecimento dos rendimentos dos titulares de direitos autorais, matéria de natureza privada, pessoal e abrigada em seu aspecto personalíssimo” reforça ainda dizendo que a lei “torna de ‘interesse público’ e acessíveis a ‘qualquer interessado’ todas as informações referentes à participação de cada titular de direitos ‘em cada obra e em cada fonograma’”. O STF afasta a incidência da violação à privacidade, argumentando que

“[...]A **maior** transparência da gestão coletiva de direitos autorais consubstancia, a meu ver, finalidade legítima segundo a ordem constitucional brasileira, na medida em que busca eliminar o viés rentista do sistema anterior e, com isso, promover, de forma imediata, os interesses tanto de titulares de direitos autorais (CREB, art. 5º, XXVII) quanto de usuários (CRFB, art. 5º, XXXII) e, de forma mediata, bens jurídicos socialmente relevantes ligados à propriedade intelectual como a educação e o entretenimento (CRFB, art. 6º), o acesso à cultura (CRFB, art. 215) e à informação (CRFB, art. 5º, XIV).” BRASIL. STF (2016)

O sistema praticado pelo Ecad demonstra grande fragilidade quanto ao registro de obras. Neste é possível a qualquer um registrar uma obra em seu nome, sendo possível inclusive que, de forma fraudulenta, um autor registrasse como sua obra homônima a de outro autor, gerando questionamentos e impasses no pagamento, e também a inclusão como coautor de obras renomadas, como no caso Milton Coitinho²⁶, relatado na CPI do Ecad.

Por isto, para o STF, o interesse público no cadastro unificado atende a duas finalidades básicas: (i) prevenir a prática de fraudes e (ii) evitar a ocorrência de ambiguidades quanto à participação individual em obras com títulos similares.

²⁶ Em abril de 2011 o Jornal carioca O Globo publicou uma matéria em que denuncia o Ecad por ter pago R\$ 127,8 mil em direitos para o suposto autor Milton Coitinho dos Santos que teria composto trilhas sonoras para filmes de Glauber Rocha e Zé do Caixão entre outros, em filmes consagrados como O Pagador de Promessas (1962), Deus e o Diabo na Terra do Sol (1964), Terra em Transe (1967), O Bandido da Luz Vermelha (1968) e Macunaíma (1969). O senhor Milton, motorista de ônibus em Bagé/RS, alegou que não tinha conhecimento da fraude, o que restou provado após investigação é que a fraude foi praticada por um funcionário da UBC que encaminhava mensagens eletrônicas em nome do autor. Usando o computador da própria UBC, e autenticado no sistema, ele passou a enviar à UBC uma série de fichas técnicas nas quais se declarava autor das obras. Os pagamentos eram feitos pela UBC e retirados pela cunhada do estelionatário, que possuía uma procuração falsificada.

Ante esse quadro fático, não considero que a Lei nº 12.853/2013, ao criar o cadastro público centralizado, tenha extrapolado os limites conferidos ao legislador para a conformação e o equacionamento de conflitos existentes entre direitos fundamentais. Com efeito, embora haja impacto sobre o direito à privacidade dos titulares, é de interesse de qualquer usuário, efetivo ou potencial, ter conhecimento acerca das participações individuais nas obras, sobretudo porque o modelo regulatório admite a atuação pessoal de cada titular na arrecadação de seus direitos (art. 98, §15). BRASIL.STF(2013)

Conclui o relator que não está configurado portanto a violação ao direito à privacidade.

4.4.3 DA INTERVENÇÃO DO ESTADO EM ATIVIDADE EXERCIDA POR ENTES PRIVADOS

As ADI(s) em linhas gerais alegam que seria inconstitucional a atuação do Estado na tutela do interesse privado. Durante as discussões na audiência pública restou evidenciado que aos contrários à lei admitir este tipo de participação estatal seria abrir mão da autonomia e da auto organização. Protestam que as normas impugnadas representam ingerência direta do Estado na forma de cobrança dos direitos patrimoniais referentes à execução pública das obras musicais. Seria, segundo os autores, uma ofensa às garantias constitucionais da propriedade privada e da livre iniciativa, cabendo somente aos titulares de direito decidir de que forma se daria este aproveitamento econômico. A fiscalização do Estado teria o condão de mitigar esta prerrogativa, colocando os titulares em uma situação de tutelados sem poder de decisão.

A ausência de fiscalização foi combatida pelo conselheiro Marcos Veríssimo, citado no voto do relator

Esse monopólio não regulado, em que a fixação de preços e condições de contratação está exclusivamente deixada ao talante não supervisionado de uma parte privada, é a infeliz peculiaridade do modelo brasileiro, que nos coloca no ‘pior dos mundos’: ausência simultânea de concorrência (que há, ao menos parcialmente, no modelo americano) e de regulação e supervisão (que há, de modo geral, no modelo europeu)”. BRASIL.STF(2016)

Portanto questão controversa decidir se a forma de participação do Estado na gestão coletiva de Direito Autoral deveria se dar ou não e de que forma, posto que inclusive entre os titulares de direitos havia posições contrárias, com defesas inclusive à volta de uma estrutura tal qual, guardada as devidas proporções, o extinto CNDA.

Para o relator a solução encontra-se na moderação, e na prudência da atuação do poder público, analisando a adequação e a necessidade de adoção das medidas, o que no caso em questão se mostrou coerente.

Por ora, é suficiente compreender que a Lei nº 12.583/2013 procura romper com esse quadro e impedir que o intermediário do sistema de gestão coletiva se torne o seu

principal beneficiário. Daí que a maior transparência da gestão coletiva de direitos autorais consubstancia, a meu ver, finalidade legítima segundo a ordem constitucional brasileira, na medida em que busca eliminar o viés rentista do sistema anterior e, com isso, promover, de forma imediata, os interesses tanto de titulares de direitos autorais (CRFB, art. 5º, XXVII) quanto de usuários (CRFB, art. 5º, XXXII) e, de forma mediata, bens jurídicos socialmente relevantes ligados à propriedade intelectual como a educação e o entretenimento (CRFB, art. 6º), o acesso à cultura (CRFB, art. 215) e à informação (CRFB, art. 5º, XIV) BRASIL. STF(2016)

A participação do Estado na gestão coletiva do Direito Autoral portanto se presta tanto à defesa dos interesses dos usuários quanto a proteção dos direitos dos titulares, na medida que limita e fiscaliza a atuação dos intermediários, que são os gestores e que como tais devem ter sua atividade exercida tendo como objetivo atender às necessidades do seu público e não auferir para si vantagens financeiras transformando a gestão em um instrumento de lucro e não de intermediação de interesses. O relatório da CPI do ECAD é incisivo ao concluir que

É importante lembrar que desde a inclusão dos direitos autorais no âmbito da Organização Mundial do Comércio em 1996, através da assinatura do acordo TRIPs (Trade Related Intellectual Property Agreement), do qual o Brasil é signatário, o Direito Autoral passou a fazer parte do âmbito do comércio internacional, sem qualquer excepcionalidade. Caem por terra, desse modo, argumentos que remontam ao Século XIX, de que os direitos autorais seriam bens “fora do comércio”. Ao contrário, são hoje das atividades econômicas mais importantes tanto globalmente como de forma crescente em nosso país. Há muito foram superados argumentos de que “não são uma atividade econômica” ou que “não deve haver sujeição dos direitos autorais às regras Constitucionais”. Desse modo, aplicam-se regularmente aos direitos autorais os princípios da Ordem Econômica regidos pela Constituição Federal, bem como demais princípios pertinentes, como a proteção ao consumidor. BRASIL.STF(2016)

5. A NOVA LEGISLAÇÃO E OS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL E FISCALIZAÇÃO DO ESTADO NO DIREITO AUTORAL

A nova legislação, por ter sido concebida dentro da lógica do estado democrático de direito, incluindo os mecanismos de participação popular e retomando a fiscalização por parte do Estado traz alterações significativas à gestão coletiva do Direito Autoral. Ainda que a opção legislativa tenha sido a de alterar a Lei do Direito Autoral anterior, e não revogá-la, a inserção de novos paradigmas tem o condão de transformar a interpretação da legislação de forma geral, e de forma específica através da alteração de dispositivos essenciais à organização deste complexo sistema, que envolve não somente autores e usuários, mas também um conglomerado grupos econômicos, detentoras dos chamados direitos conexos e que movimentam somas vultuosas. São inseridos os conceitos de transparência, eficiência, modernização, regulação e fiscalização.

“A razão para que as associações de gestão coletiva se subordinem a esses princípios consiste no fato de que as mesmas são depositárias de vultuosos recursos arrecadados com força de lei perante diversos estratos da sociedade brasileira.

Esses recursos são recebidos não em seu próprio nome, mas em nome dos seus associados, artistas, compositores e demais titulares de direitos autorais. Dessa forma, o Ecad e as associações que o compõem, como depositários destes recursos, possuem deveres fiduciários com relação ao grupo difuso que a eles contribui, quanto ao grupo difuso que deles deve receber. Dessa relação fiduciária emerge a necessidade de regulação do sistema de gestão coletiva”.

LEMOS, Ronaldo. A gestão coletiva dos direitos autorais no Brasil: a regulação do Ecad e sua reforma.(2014) p. 347

Para inserir as modificações necessárias a lei 12.853/13 altera os arts. 5º, 68, 97, 98, 99 e 100, acrescenta os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-A, 99-B, 100-A, 100-B e 109-A e revoga o art. 94 da Lei 9.610/98. O objetivo das alterações é sobretudo regular a gestão coletiva do Direito Autoral, e para isto inova com a criação de estruturas dentro do Estado voltadas para este fim.

“A reforma da Lei Autoral tem como principal proposta a criação de um novo órgão responsável pela política de Direito Autoral, com função reguladora e consultiva, contendo: uma câmara arbitral voltada para a mediação e a resolução administrativa de conflitos, constituindo-se num centro de informações sobre questões relativas aos Direitos Autorais e Conexos.” WACHOWICZ (2015d)

O eixo central da mudança é reorganizar a gestão coletiva, entendida não somente como atividade econômica, mas considerando o seu caráter social, posto que o Direito à

Cultura²⁷ é um dos direitos fundamentais protegidos pela Constituição de 1988 e que para exercê-lo é necessário que haja a produção, promoção e difusão dos bens culturais de forma democrática. Ainda para a promoção do direito à cultura se encontra a necessidade de formação de pessoal qualificado para que a gestão da cultura seja feita de forma profissional, ao ponto que as câmaras temáticas e grupos de acompanhamento da gestão se fazem necessários inclusive para a atualização, formação de novos gestores e qualificação de todo o apoio especializado. Ao inserir estas mudanças significativas na legislação o Brasil avança para um modelo de gestão mais democrático e regido pelo interesse público.

5.1 INOVAÇÕES EM RELAÇÃO À GESTÃO COLETIVA

5.1.1 A MANUTENÇÃO DE UM ÚNICO ENTE ARRECADADOR E AS MUDANÇAS EM SEU FUNCIONAMENTO

Havia a expectativa de que a nova lei acabasse de vez com o monopólio do Ecad, sendo esta inclusive uma das demandas dos setores que se sentiam injustiçados com os critérios adotados pelo órgão. A Lei entretanto manteve²⁸ o monopólio da gestão, sem contudo indicar qual seria este órgão responsável. A opção pela manutenção de um único escritório se justifica pela organização do sistema, a experiência anterior à unificação da arrecadação mostra isso.

Não há menção expressa ao Ecad como sendo este escritório central, o que possibilita a interpretação de que, por vontade das associações poderá ser criado um outro escritório central para unificar a arrecadação e distribuição. Este papel inclusive já foi exercido ao longo dos anos por outras entidades que se sucederam até a criação do Ecad. A primeira foi a A Sociedade Brasileira de Autores Teatrais -SBAT²⁹, fundada em 1917, por autores como

²⁷ Art. 215 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe que O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

²⁸ Art 99 - A arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas será feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais **deverão unificar a cobrança em um único escritório central** para arrecadação e distribuição, que funcionará como ente arrecadador com personalidade jurídica própria e observará os §§ 1º a 12 do art. 98 e os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B.

²⁹ Durante muitos anos, a **SBAT** arrecadou também os direitos autorais de obras musicais. mesmo depois da criação das entidades dedicadas exclusivamente a esses direitos, como a **União Brasileira de Compositores** que nasceu dentro da própria **SBAT** e do surgimento do **Escritório Central De Arrecadação de Direitos (Ecad)**, a **SBAT** continuou, por alguns anos, recebendo direitos de obras musicais brasileiras no estrangeiro, em razão do seu caráter pioneiro e do seu reconhecimento internacional.

Chiquinha Gonzaga, depois vieram a Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Editores (SBACEM), de 1946; a Sociedade Arrecadadora de Direitos de Execuções Musicais no Brasil (SADEMBRA), no ano 1956; a Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais SICAM, em 1960; e, por fim, a Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais (SOCINPRO), em 1962.

Até o momento as associações permanecem mantendo-o como o único ente arrecadador. Mas não se pode dizer que esta é uma decisão definitiva, mas é importante observar que caso seja realizada a mudança, conforme possibilita³⁰ o Art 6º, seria muito complexo operacionalizar esta mudança em tão pouco tempo de vigência da lei, haja vista que a estrutura do Ecad hoje é bastante ampla. O escritório tem sede na cidade do Rio de Janeiro, e segundo dados informados em seu sítio eletrônico possui 37 (trinta e sete) unidades arrecadoras próprias localizadas nas principais capitais e regiões do país, 41 (quarenta e um) escritórios de advocacia terceirizados e 76 (setenta e seis) agências credenciadas, cobrindo mais de 5.000 (cinco mil) dos 5.570 (cinco mil quinhentos e setenta) municípios brasileiros. Há uma grande capilaridade na atuação do escritório, assim como tecnologia avançada para a produção de dados.

Apesar de ter sido mantido, o Ecad sofreu várias alterações na sua estrutura e modo de funcionamento. Uma delas diz respeito ao valor repassado aos titulares de direito, disposto no Art. 99 § 4º, onde fica determinado o aumento do repasse, cujo valor máximo era de 77,5% (setenta e sete e meio) por cento do valor arrecadado e que, contados 4 (quatro) anos a partir da publicação da lei passarão a receber percentual não inferior a 85% (oitenta e cinco) por cento. Este dispositivo atende a uma grande demanda da classe artística, pois os percentuais, quando repartidos entre os titulares de direitos autorais e conexos, se pulverizava, sem garantir valores significativos. É um aumento na remuneração dos detentores de direitos, verdadeira razão desta estrutura. O Art 98. inciso II, alínea h, institui que as associações e o ente arrecadador deverão apresentar relatório sobre as taxas de administração praticadas nos diferentes campos de atuação da associação, que devem ser proporcionais aos custos de suas atividades de cobrança e distribuição, por tipo de usuário. A lei ainda institui que, pelo princípio da eficiência o ente e as associações devem buscar reduzir os custos administrativos.

Quanto à participação nos quadros do ente arrecadador, anteriormente facultada

³⁰Art. 6º Desde que se comprove a observância de todas as exigências para a constituição do novo ente arrecadador unificado, constantes do caput do [art. 99 da Lei nº 9.610, de 1998](#), as associações referidas no art. 4º desta Lei poderão requerer ao Ministério da Cultura, no prazo estabelecido em regulamento, que reconheça a pessoa jurídica já constituída como ente arrecadador.

somente às associações, há a inclusão dos titulares de direitos autorais que tenham pertinência com a sua área de atuação e que estejam habilitadas em órgão da Administração Pública, conforme dispõe o Art 99-A, o que representa um grande avanço, na medida em que os titulares não ficarão restritos às associações já existentes.

5.1.2 INOVAÇÕES EM RELAÇÃO ÀS ASSOCIAÇÕES QUE COMPÕEM O ECAD

O Art. 7º §1º já expõe a grande mudança no caráter das associações, que passam a exercer atividade de interesse público e portanto devem atender à sua função social. Enquanto na lógica anterior as associações atuavam como entidades privadas, com contratos sigilosos, preços inquestionáveis e uma série de práticas que feriam a segurança jurídica de utilizadores e titulares de direito, posto que muitas decisões eram arbitrárias, a partir da lei nº 12.853/12 esta lógica muda completamente, garantido que como atividade de interesse público, diz respeito a todos e não somente aos indivíduos da relação. Interessante se mostra a inserção do conceito de interesse pública em um negócio aparentemente de natureza privada, pois conforme dispõe Bandeira de Mello (2005) o interesse público resulta do conjunto de interesses pessoais quando considerados em sociedade, e de fato há reflexos em toda a sociedade, posta a capilaridade do Direito Autoral fazê-lo se disseminar por distintas áreas.

Nesta perspectiva de atender ao interesse público é que as associações passam a necessitar de habilitação³¹ de órgão da Administração Pública, no caso o Ministério da Cultura, para funcionar. A sua direção também passa por regulamentação, os dirigentes serão eleitos por um mandato de 3 (três) anos, permitida apenas uma única recondução, que ainda assim deverá ser precedida de uma nova eleição, conforme dispõe o Art.98§3º. Inclusive para que a associação seja habilitada é necessário que se informe, e continue atualizando anualmente, o valor das remunerações dos dirigentes, estipulando as suas gratificações, bonificações e até mesmo o plano de cargos e salários dos dirigentes.

Não existe direito garantido portanto, as associações precisam ter a sua permissão renovada para que consigam prosseguir com a atividade. Em relação a este aspecto, a Administração Pública está exercendo o seu poder de polícia, que segundo Carvalho Filho (2011) “É o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar

³¹ Segundo a Instrução Normativa nº 3 sobre a Gestão Coletiva de Direitos Autorais (Direitos de Autor e Direitos Conexos) a Diretoria de Direitos Intelectuais irá analisar o pedido de habilitação, dando vista à sociedade civil para que se manifeste, nos moldes do Art. 3º da IN.

que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir.” Neste caso ao fiscalizar as associações a administração pública busca coibir que ocorram fraudes e quaisquer irregularidades no sistema de arrecadação e distribuição dos montantes recolhidos a título de Direito Autoral. Cabe lembrar que, embora constituídas como entidades privadas as associações exercem atividade de interesse público.

Justamente a partilha dos valores entre os associados era um dos grandes problemas da direção das associações, na medida em que as associações pactuavam preços e remunerações de acordo com as suas próprias lógicas, ficando o titular impossibilitado de buscar uma alternativa, na medida em que as associações decidiam de forma conjunta, ao ponto que qualquer que fosse a associação para a qual o autor migrasse a sua remuneração³² seria a mesma, caracterizando o cartel, conforme a denúncia levada à CPI do Ecad

“A denúncia refere-se à conduta, praticada pelo Ecad e também pelas associações credenciadas, de imposição de preços excessivos, de forma cartelizada, porque definidos em tabelas aprovadas pela Assembleia Geral do Escritório e caracterizados por elevadíssimas taxas de administração, o que estaria a fazer com que valores irrisórios sejam repassados ao autor da obra intelectual. Essa prática ilícita seria facilitada pelo fato de que a cobrança feita pelo Ecad dos exploradores de obra autoral é apresentada em valor único, isto é, não há discriminação entre a taxa administrativa do Ecad e a da associação credenciada, de um lado, e o efetivo valor a ser repassado ao autor da obra, de outro. **A SDE recomenda que a cobrança seja feita por valores discriminados**, prática comum em outros países, como é o caso da Espanha” BRASIL.SENADO FEDERAL(2011)

Nesta linha o Art.98 § 3º institui que cabe às associações estabelecer os preços pela utilização dos repertórios, respeitando os princípios da razoabilidade e da boa fé. No § 5º do mesmo artigo ainda há a expressa vedação a tratamento desigual entre os associados. É o Art. 99-B que fala sobre a sujeição das associações às regras concorrenciais, como forma de prevenção às infrações contra a ordem econômica.

A concorrência se mostra benéfica tanto para o autor quanto para o usuário final, considerando o exemplo dado, em depoimento dado à CPI do Ecad em 11 de agosto de 2011 pelo senhor Vinícius Carvalho, Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça

“Os principais agentes prejudicados por esse modelo cartelizado os consumidores diretos de direitos autorais. Quem aqui já não fez uma festa de casamento e, na hora da festa, apareceu alguém para cobrar em nome do Ecad um determinado valor? E esse valor também não é negociado, é estipulado, como se fosse uma tabela. Então, as pessoas têm falta de opção para escolher um repertório, Por que eu não poderia, como

³² A distribuição dos direitos de autor e dos que lhe são conexos, arrecadados pelo Ecad, será feita de forma direta ou indireta, obedecendo à proporção de 66,67% para a parte autoral e 33,33% para a parte conexa, que será repartida na importância de 41,70% para a categoria de intérprete; 41,70% para a categoria de produtor fonográfico e 16,60% para a categoria de músico executante.

noivo, por exemplo, escolher o repertório de uma determinada associação em detrimento de outra, porque essa associação me cobra menos? Poderia, em tese, mas não posso, na prática, hoje.”BRASIL. SENADO FEDERAL (2011)

Além disto, conforme já pontuado, podem ser habilitadas³³ outras associações e titulares, não conforme dispõe a CRFB/88 quando trata do livre direito de associação.

A Lei também trouxe um avanço quanto rigorosidade na punição das ações contrárias ao legislado, pois além da perda da habilitação, o Art. 100 – A é incisivo ao dispor que os dirigentes responderão solidariamente, com seus bens particulares em caso de fraude ou inadimplemento das obrigações, seja por dolo ou culpa. As associações que antes atuavam praticamente sem nenhum tipo de fiscalização e com total soberania passam a ser alvo de rígido controle, o que por óbvio gerou contestações.

Outro aspecto muito importante é o conceito de transparência na gestão, aplicado tanto ao ente arrecadador quanto às associações, que precisam manter seus cadastros atualizados e disponíveis para consulta pública.

5.2 INOVAÇÃO EM RELAÇÃO AOS USUÁRIOS

Se anteriormente a lei não imputava ao usuário nenhuma obrigação além do pagamento, com a Lei nº12.853/13 este ator ganha maior relevância no processo, pois é ele a fonte direta dos dados para a distribuição. A redação do dispositivo regula que

"O usuário entregará à entidade responsável pela arrecadação dos direitos relativos à execução ou exibição pública, imediatamente após o ato de comunicação ao público, relação completa das obras e fonogramas utilizados, e a **tornará pública e de livre acesso**, juntamente com os valores pagos, em seu sítio eletrônico ou, em não havendo este, no local da comunicação e em sua sede." BRASIL. LEI 12.853 de Dezembro de 2013

Ou seja, cada hotel³⁴, cinema, emissora de radiodifusão, boate, teatro ou Igreja precisa,

³³ A Instrução Normativa nº 3 sobre a Gestão Coletiva de Direitos Autorais (Direitos de Autor e Direitos Conexos) do Ministério da Cultura dispõe Art. 5º - O pedido de habilitação de associação que desejar realizar atividade de cobrança da mesma natureza que a já executada por outras associações só será concedido se o número de seus associados ou de suas obras administradas corresponder a no mínimo dez por cento do total relativo às associações já habilitadas, consideradas as diferentes categorias e modalidades de utilização das obras intelectuais administradas, nos termos dos arts. 7º e 29 da Lei nº 9.610, de 1998.

Parágrafo único - No caso das associações previstas no art. 99 da Lei nº 9.610, de 1998, que desejarem realizar a atividade de cobrança, o pedido de habilitação só será concedido àquela que possuir titulares de direitos e repertório de obras, de interpretações ou execuções e de fonogramas que gerem distribuição equivalente a no mínimo dez por cento da distribuição do Escritório Central.

³⁴ Apesar da polêmica em relação à interpretação do artigo 23 da Lei nº11.771/08, chamada lei do turismo, que

a partir da entrada em vigor da lei proporcionar o acesso às informações relativas à execução pública de música. Tarefa árdua, para quem até bem pouco tempo estava condicionado a pagar sem nenhuma indicação de para onde iria aquele dinheiro. As informações são em relação ao nome da obra, data de utilização, autor, intérprete e IRSC³⁵. Este arquivo de dados atende tanto à obrigação de publicizar a informação quanto à de informar ao órgão arrecadador sobre as obras utilizadas para que seja feita a distribuição. No caso das emissoras de televisão por exemplo, com base nesta planilha o ECAD, através do disposto em seu Regulamento da Distribuição, divide o montante arrecadado da seguinte forma: 50% da verba são destinados às execuções musicais inseridas nas novelas, minisséries, seriados, desenhos animados e filmes e demais programações classificadas como TV Audiovisual, considerando o tempo de duração em segundos. Já os outros 50% da verba são destinados às execuções musicais inseridas nos programas de auditório, entrevistas, jornalismo, humorísticos, variedades e demais programações classificadas como TV Planilha, de acordo com a respectiva frequência.

O legislador, percebendo a difícil operacionalização deste novo sistema para os utilizadores de grande volumes de obras, fez uma concessão especial às empresas de radiodifusão, concedendo-lhe prazo diferenciado de “dez dias após o mês subsequente ao da utilização”, conforme o disposto no §8º. Há uma grande mudança de paradigma em relação à lei 9.610/96, posto que nesta não havia a obrigação de comunicação pública por parte da maioria dos utilizadores, somente as empresas cinematográficas e de radiodifusão estavam obrigadas a prestar algum tipo de informação, e mesmo assim não estava garantido o caráter público, pelo disposto no Art 68 § 7º

As empresas cinematográficas e de radiodifusão manterão à imediata **disposição dos interessados**, cópia autêntica dos contratos, ajustes ou acordos, individuais ou coletivos, autorizando e disciplinando a remuneração por execução pública das obras musicais e fonogramas contidas em seus programas ou obras audiovisuais. BRASIL. Lei nº9.610 de 19 de Fevereiro de 1998

Ou seja, os dados que estavam disponíveis apenas aos interessados, o passo que com a nova redação do artigo qualquer pessoa pode ter acesso a esta informação, o que possibilita o

define como meios de hospedagem os estabelecimentos destinados a prestar serviços de alojamento temporário "ofertados em unidades de frequência individual e de uso exclusivo do hóspede", o entendimento firmado pela 2ª Seção do STJ, e ratificado pela 4ª turma em julgado recente aponta no sentido de que “a disponibilidade de rádio e televisão em quartos de hotel é fato gerador de arrecadação de direitos autorais”, entendendo-os como locais de frequência coletiva portanto.

³⁵ ISRC é a sigla para International Standard Recording Code. É um código fonográfico que funciona em qualquer lugar do mundo e serve para identificar a obra musical. Regulamentado pela Lei 4.533 Art 1º § 2º, tem seu uso obrigatório determinado para todas as produções fonográficas brasileiras.

controle social não somente por parte dos detentores de direitos, mas da sociedade em geral. Esta obrigação encontra resistência na falta de controle sobre as obras utilizadas, em relação ao conteúdo audiovisual por exemplo, a entrega, juntamente com o conteúdo audiovisual, do arquivo denominado *cue sheet*³⁶, que vem a ser uma planilha onde se encontram relacionadas as obras musicais utilizadas, se mostra muitas vezes uma tarefa hercúlea. A inserção de obras fruto de downloads irregulares na internet, a transferência de arquivos digitais indiscriminados e a utilização de bancos de trilhas internacionais dificultam bastante o rastreamento dessas informações. Algumas produtoras tinham por hábito contratar um repertório musical, licenciando um banco de trilhas e, ao invés de inserir na *cue sheet* o nome da obra e intérprete apenas citavam o jargão “*trilha branca*” como sinônimo de trilha sob a qual não incidiriam direitos de execução, o que não procede, sobretudo porque o sistema brasileiro de proteção ao Direito Autoral se interpreta de forma restritiva, ou seja, a autorização para a inserção de uma obra, não se converte automaticamente em autorização de exibição pública, são duas autorizações distintas, entretanto, pela falta de controle anterior esta prática se fortaleceu e agora se mostra um desafio modificá-la.

Para impulsionar a assimilação destas práticas, o Ecad desenvolveu uma série de aplicativos que compõem a “*família Ecad TEC*”, uma lista de produtos tecnológicos que buscam facilitar a produção dessas informações, são eles o *Ecad Tec Móvel*, voltado para o trabalho de campo das equipes de arrecadação e distribuição, o sistema consiste em um celular acoplado a uma impressora térmica com transmissão de dados sem fio, ligadas ao sistema de arrecadação do Ecad. Isto possibilita que as equipes responsáveis pela arrecadação possam cadastrar usuários de música, controlar as execuções musicais, consultar o banco de dados além da impressão do boleto de pagamento no ato da visita.

Já o *Ecad TEC Rádio* é um aplicativo disponibilizado às emissoras adimplentes para que, inserido no programa de execução, faça a leitura e gere automaticamente a planilha de dados. Foi criado também o gadget *Ecad. Tec Som* se destina a gravação e ao monitoramento, através de equipamento digital portátil, das músicas tocadas em shows, trios elétricos e eventos em geral, com música mecânica ou ao vivo. Para o segmento televisivo foi desenvolvido o *Ecad Tec.CIA Audiovisual*, sistema que reconhece e identifica automaticamente as músicas executadas na programação das TVs abertas e por assinatura

³⁶ Segundo a Abramus a “Cue-sheet é um ficha técnica, isto é, um documento usado para descrever todas as obras musicais executadas dentro de filmes, novelas, seriados, programas e desenhos. Enfim, todo e qualquer audiovisual. Normalmente é gerado pela produtora de um Audiovisual, e no mesmo são encontradas as informações do Audiovisual (qualquer tipo de produção que combina som e imagem) a ser trabalhado e a lista de todas obras e fonogramas presentes dentro dele.”

através de um código individualizado.

Justamente pela dificuldade, ainda que existam as tecnologias, é necessário compreender que não há um único modelo operacional, portanto dada a importância que é a sintetização dos dados é que o Decreto Regulamentador, em seu capítulo VII, que trata das obrigações dos usuários deixa a cargo do Ministério da Cultura dispor sobre a forma com a qual será feita o cumprimento desta obrigação.

Art. 22. O usuário entregará à entidade responsável pela arrecadação dos direitos autorais relativos à execução ou exibição pública, imediatamente após o ato de comunicação ao público, relação completa das obras, seus autores e fonogramas utilizados, e a tornará pública e de livre acesso, juntamente com os valores pagos, em seu sítio eletrônico ou, não havendo este, no local de comunicação e em sua sede.

§ 1º Ato do Ministério da Cultura estabelecerá a forma de cumprimento do disposto no caput sempre que o usuário final fizer uso de obras e fonogramas a partir de ato de comunicação ao público realizado por terceiros.

BRASIL. Decreto nº 8.469 de 22 de Junho de 2015

É importante ter uma leitura crítica, e atentar para o fato de que as tecnologias auxiliam, mas não resolvem a complexidade de realidades distintas dentro do gigantesco território nacional, com tantas desigualdades sociais. As emissoras de menor porte, comunitárias e universitárias, por exemplo, são as que mais carecem de tecnologia, geralmente contado com uma equipe de pequeno porte. Sem as funcionalidades automatizadas destinadas a este tipo de controle fica difícil conseguir uma cobertura ampla, com um grande fluxo de dados. As emissoras públicas sujeitas ao orçamento estatal sofrem também, a cada mudança de governo³⁷ há a reestruturação da equipe, o que impossibilita um trabalho continuado.

A automatização dos processos é um passo muito importante para a efetivação da lei e os usuários devem inserir o quanto antes essas práticas em suas rotinas, a fim de garantir que os artistas que realmente tiveram a sua obra executada possam perceber a sua remuneração de forma justa. É importante fixar que há uma série de trabalhadores, principalmente fora dos grandes centros urbanos e das metrópoles com visibilidade dos meios de comunicação que não podem ser excluídos, pois muitas vezes as suas obras musicais alcançam um público superior ao de artistas mais conhecidos. Artistas de ritmos mais populares, como o tecnobrega

³⁷ Como exemplo das turbulências políticas há a Empresa Brasil de Comunicação (EBC), que passa atualmente pelo processo de reestruturação, através da Medida Provisória nº 744 de 2016. A MP faz alterações na Lei nº 11.652/2008 para atribuir a indicação do presidente da EBC ao ministro-chefe da Casa Civil, pasta atualmente sob o comando de Eliseu Padilha. A medida do Executivo extinguiu o Conselho Curador, mas manteve a Diretoria Executiva, o Conselho Fiscal e o Conselho de Administração da empresa. Pode-se elencar também a mais recente alteração no campo das emissoras públicas, que ocorreu em 21 de novembro de 2016 quando o Governador José Ivo Sartori anunciou a extinção da TV Educativa do Rio Grande do Sul.

e a aparelhagem paraenses, o arrocha baiano ou o reggae maranhense podem não ter nenhuma visibilidade em nível nacional, mas têm suas obras executadas em rádios locais, muitas vezes em volume superior ao de artistas consagrados da MPB, portanto não é correto que não recebam pelo seu trabalho. Um exemplo disto é a Rádio Nacional do Alto Solimões³⁸, que em sua programação executa obras em português, espanhol e idiomas indígenas.

Ao dar publicidade a este tipo de informação o usuário possibilita que os detentores de direito possam ter uma real noção do seu alcance, além de permitir uma previsão orçamentária sobre os valores que serão percebidos futuramente. Como sanção pelo descumprimento da obrigação de informar as obras musicais executadas, estipula o legislador a pena de multa disposta no Art 109-A

"A falta de prestação ou a prestação de informações falsas no cumprimento do disposto no § 6º do art. 68 e no § 9º do art. 98 sujeitará os responsáveis, por determinação da autoridade competente e nos termos do regulamento desta Lei, a multa de 10 (dez) a 30% (trinta por cento) do valor que deveria ser originariamente pago, sem prejuízo das perdas e danos"

BRASIL. LEI 12.853 DE AGOSTO DE 2013

5.3 INSTRUMENTOS DE FISCALIZAÇÃO DO ESTADO

Após o grande período de ausência de regulação e Estado retoma o seu poder de polícia, atuando na fiscalização da gestão coletiva do Direito Autoral. O Art 98-B que dispõe, entre outras coisas, sobre a prestação de contas é explícito ao dispor que a prestação de contas quando não realizada da forma disposta em lei pela associação poderá ser determinada pelo Ministério da Cultura. No âmbito da regulamentação estão previstas também diversas estratégias³⁹ de acompanhamento, por estruturas distintas no âmbito do MinC e todas ligadas à Diretoria de Direitos Intelectuais - DDI. É de responsabilidade da Diretoria fiscalizar e avaliar a prestação de contas e os relatórios anuais de atividade das associações.

Assim como na época do extinto CNDA é criada uma estrutura dedicada a este ofício.

"Desde a desativação e posterior extinção do CNDA Conselho Nacional do Direito Autoral, o Estado Brasileiro se isentou de assumir maiores responsabilidades nessa área. É hora de reverter esse quadro. E nosso diagnóstico revela uma legislação que, ainda que razoavelmente esses direitos, possui desequilíbrios que pedem uma correção imediata. Foi nessa arena que o antigo CNDA mais se destacou, e cujo retorno muitas vezes hoje clamam. A ausência dessa instância só favorece aqueles que detêm um maior poder econômico. A parte mais fraca, geralmente os autores,

³⁸ A emissora foi criada em 15 de dezembro de 2006 por lideranças do Alto Solimões, que levantaram a demanda de implantar um projeto de rádio que ampliasse a comunicação em língua portuguesa na região, que a cada dia perdia sua identidade por influência da fronteira com Peru e Colômbia. Atualmente é gerida pela EBC.

³⁹ Art. 34. O Ministério da Cultura editará atos complementares para a execução deste Decreto, notadamente quanto às ações de fiscalização e aos procedimentos e processos de habilitação, retificação e regularização do cadastro, prestação de contas aos associados, apuração e correção de irregularidades e aplicação de sanções.

frequentemente sai perdendo. O que é preciso lembrar é que nenhum Estado moderno concede monopólios sem prever instâncias administrativas de supervisão e regulação. É uma prevenção contra possíveis abusos no exercício do direito. Por isso a exigência mínima que encontramos na maioria dos países é que os regulamentos de cobrança e tabelas de preços devam ser submetidas a uma instância pública, que muitas vezes é o órgão responsável pela regulação da concorrência. E isso é completamente distinto de intromissão ou intervenção em negócios privados.” É tão somente uma tutela administrativa. SOUZA, Marcos de Fórum Nacional de Direito Autoral (2007)

A DDI tem como função subsidiar a formulação, implementação e avaliação da política do MinC sobre direitos autorais. Além de subsidiar também a formulação, implementação e avaliação da política do Ministério sobre os conhecimentos tradicionais e expressões culturais tradicionais no âmbito da propriedade intelectual, integrando as instâncias intergovernamentais que tratam de temas relacionados a direitos autorais, entre outras competências. Além dos funcionários de carreira a DDI também seleciona, por meio de editais de convocação, consultores, mediadores e árbitros para a resolução de conflitos na área dos direitos autorais. Pessoas físicas, com formação na área de Direito preferencialmente, ou Ciências Sociais e Economia, de acordo com a demanda. Não se pode considerar que a DDI seja a recriação *ipsis literis* do CNDA, até porque a estrutura atual segue a lógica da democracia, ao passo que o órgão anterior foi constituído em uma lógica pré-democrática, mas a diretoria representa o retorno da atuação do Estado de forma contundente.

5.4 RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE FORMA EXTRAJUDICIAL NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO DA CULTURA

A inserção da possibilidade de resolução de conflitos por meio da mediação e arbitragem⁴⁰ por exemplo aponta para uma atuação do Estado para além das suas competências executivas. O Art 100-B dispõe que

"Os litígios entre usuários e titulares de direitos autorais ou seus mandatários, em relação à falta de pagamento, aos critérios de cobrança, às formas de oferecimento de repertório e aos valores de arrecadação, e entre titulares e suas associações, em relação aos valores e critérios de distribuição, poderão ser objeto da atuação de órgão da Administração Pública Federal para a resolução de conflitos por meio de mediação ou arbitragem, na forma do regulamento, sem prejuízo da apreciação pelo Poder Judiciário e pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, quando cabível." BRASIL. LEI Nº 12.853 DE AGOSTO DE 2013

A arbitragem, enquanto forma de resolução de conflitos apresenta uma série de vantagens, principalmente se tratando de uma área tão específica como o Direito Autoral, cuja formação

⁴⁰ A Instrução Normativa nº 4, de 7 de julho de 2015, regulamenta a solução de controvérsias no âmbito da administração pública federal, autorizando a Diretoria de Direitos Intelectuais (DDI) do MinC a atuar como entidade mediadora ou como centro de administração de procedimentos de mediação e arbitragem, desde que assim autorizada pelas partes mediante acordo expresso em cláusula compromissória ou compromisso firmado posteriormente.

não é obrigatória para todos os profissionais da área jurídica, posto que na maioria das universidades brasileiras há apenas uma ou duas disciplinas que tratem do tema durante a graduação, logo, dependendo do local da propositura da ação, é possível que o julgador não tenha tanta familiaridade com o tema. Como apontou o Ministro Luiz Fux em seu voto pela constitucionalidade da lei nº 12.853/13

Reservo ainda dúvidas quanto à real capacidade de juízes, com formação intelectual, via de regra, estritamente legalista, procederem a um exame profundo sobre a correção técnica de marcos regulatórios específicos. À pouca expertise se somam as limitações de tempo e de informações típicas do processo judicial, o que tende a gerar uma perspectiva, senão equivocada, ao menos parcial do problema regulatório (“visão de túnel”). Tais contingências justificam cautela e prudência, rechaçando qualquer visão messiânica do Poder Judiciário como instância redentora da sociedade. BRASIL STF (2016)

Já a arbitragem estabelece a prerrogativa de que o conflito será solucionado por profissional da área, no caso do edital lançado pela DDI exige-se no mínimo 5 (cinco) anos de atuação na área do Direito Autoral especificamente. Além disto a maior celeridade do processo atende à necessidade, muitas vezes urgente, de resolução de impasses.

5.5 NOVOS CRITÉRIOS PARA A PRECIFICAÇÃO

Os critérios de precificação foram objeto de inúmeras contestações por parte dos usuários. Seja entre as empresas de radiodifusão ou entre os usuários menos inseridos no contexto de produção de bens culturais, o sistema de cobrança e formação de preço esteve no centro muitas polêmicas.

O Ecad, conforme exposto em seu regulamento, tem como parâmetro para a definição do preço diversos critérios tais como a receita bruta do usuário, a *blanket license*⁴¹, a chamada licença cobertor em tradução literal e que é voltada para os grandes utilizadores como as empresas de radiodifusão que têm tabelas próprias, o custo musical, que é de 15% (quinze por cento) do cachê de cachê com artistas e músicos a Unidade de Direito Autoral ou unidade de Direito Autoral, a UDA⁴², que atualmente está no valor de R\$ 71,45 (setenta e um reais e quarenta e cinco centavos). O critério de estabelecimento de quantas UDA's deveriam ser

⁴¹O Art. 6º do Regulamento do Ecad descreve como sendo A licença concedida pelo Ecad aos usuários para execução pública musical permite a utilização de obras e fonogramas constantes do repertório representado pelas associações integrantes do Sistema de Gestão Coletiva, com ou sem limitação do número de obras e fonogramas a serem utilizados.

⁴² Valor unitário fixado, periodicamente reajustado, com vistas a associar valor monetário à arrecadação quando esta não incidir sobre a receita bruta ou nos casos especificados no Regulamento do Ecad;

pagas por cada utilizador, de forma individualizada de acordo com o nível de utilização, é um avanço significativo que remunera ao titular na medida da importância da sua obra musical naquele contexto. O Art. 7º dispõe que “A cobrança terá como princípios a eficiência e a isonomia, e não deverá haver discriminação entre usuários que apresentem as mesmas características.”

Este era o pleito da Comunicação Pública sobretudo, que o critério da cobrança levasse em consideração também a natureza do usuário, não podendo as empresas de radiodifusão públicas e comunitárias serem consideradas da mesma maneira que as emissoras comerciais. Os critérios também utilizados pela entidade e que geravam polêmica era em relação à potência do transmissor, por óbvio que quanto maior a potência maior é o espaço geográfico que este poderá abranger, entretanto argumentavam as entidades que este parâmetro dava uma falsa leitura, tendo como exemplo uma rádio no Amazonas e outra na cidade de São Paulo. Para cobrir toda região da floresta amazônica e alcançar as comunidades ribeirinhas será necessário um transmissor de potência maior que o de uma rádio que seja destinada aos ouvintes da cidade de São Paulo, entretanto a rádio paulista terá uma quantidade de prováveis ouvintes significativamente maior à que a rádio amazônica, portanto, sendo as duas rádios comerciais, seria desproporcional efetuar o cálculo pela potência do transmissor, há muitas variantes que devem ser levadas em consideração no instante da precificação justamente a fim de evitar leituras equivocadas. O Regulamento do Ecad válido para 2016/2017 já traz esta distinção ao criar a categoria Televisão Pública com Conteúdo de Entretenimento.

O preço será proporcional⁴³ à utilização, conforme o Art 8º, de acordo com os critérios de tempo e número de utilizações de obras e fonogramas, assim como a proporção entre estes e obras de domínio público ou para os quais não haja meio de remuneração. A entidade fixa em seu regulamento critérios de descontos, tais como os dos eventos religiosos e beneficentes, que ganham uma redução de 25% e 50% respectivamente. O modo de execução, se ao vivo ou gravado também influencia na precificação, posto que no primeiro não incidem os direitos

⁴³ O Ecad trabalha atualmente com o conceito de grau de utilização, considerando baixo o percentual de até 25% do período total de seu funcionamento, médio acima de 25% e até 75% do período total de seu funcionamento e alto acima de 75% do período total de seu funcionamento. Estes critérios não se aplicam para os segmentos cuja execução musical são interessantes ou essenciais, tais como shows, rádios, trios elétricos etc.

conexos.

A precificação segue lógicas diferenciadas dentro das categorias: Permanente, Eventual, Rádio e TV e Serviços Digitais. No segmento permanente por exemplo, no qual estão contidas as academias de ginástica, clínicas médicas e prédios comerciais o parâmetro físico é a base do cálculo, já nos eventos considera-se o público e o valor do ingresso. São discriminações necessárias a uma justa arrecadação, pois leva em consideração fatores específicos de cada segmento em particular.

6. CONCLUSÃO

O fato de o Ecad e as suas associações terem permanecido durante mais de vinte anos sem nenhum tipo de regulação estatal ou instrumentos de controle por parte da sociedade, permitiu que se criasse uma superentidade, com uma estrutura corrompida por práticas ilícitas conforme demonstrado na CPI realizada pelo Senado Federal. Obviamente, diante de tanta soberania na atuação, e por tanto tempo, havia a grande probabilidade destes responsáveis pela gestão coletiva de direitos autorais se rebelarem no momento em que, de alguma forma, fosse cogitada a implementação de mecanismos de controle. Por isto não se pode alegar estranhamento à resistência representada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pelas entidades, assim como nenhum espanto pelos discursos inflamados em desaprovação das mudanças na legislação.

Mesmo após ser alvo de denúncias e comprovadas irregularidades os entes responsáveis pela gestão coletiva se negavam a aceitar que era necessária a renovação legislativa, a fim de restaurar a confiança da sociedade e, sobretudo, dos seus usuários e associados, em uma entidade de tamanha importância para o exercício de um direito constitucionalmente reconhecido que é o Direito Autoral.

Não se pode perder de vista que o pagamento deste direito se constitui muitas vezes como a única fonte de remuneração do autor, intérprete e detentor de direito conexo que enquanto trabalhador põe a sua obra à disposição dos usuários para que possam consumi-la. Nem todos os artistas conseguem atrair o interesse do mercado publicitário ou manter uma agenda lotada de apresentações que lhe garanta bom retorno financeiro. Com a queda na venda de CDs e DVDs, substituídos por novas formas de compartilhamento de conteúdo digital, se tornam mais escassas as formas através das quais pode o titular de Direito Autoral compor sua renda. Por isto não remunerá-los devidamente, obstando o repasse de valores, retendo quantias indevidamente ou estabelecendo critérios de diferenciação, baseados em entendimentos questionáveis (quando considerados membros dentro de uma mesma categoria), não são práticas aceitáveis, ainda mais quando surgidas no âmbito de entidades que têm como missão defender os autores.

Não sem motivos que diversos segmentos sociais, tais como clínicas, academias, hotéis e empresas de radiodifusão questionavam a forma como o processo era regido e a total autonomia do Ecad. Importante salientar que em grande parte das vezes não é a obrigação ou não de remunerar o detentor de Direito Autoral o objeto do questionamento, e sim os critérios de arrecadação estabelecidos de forma arbitrária pelas entidades.

A sociedade ansiava pelas transformações, mas as pressões eram ineficazes, sobretudo pelo grande poder de articulação da entidade junto ao meio político e da comunicação. O Ecad atua de forma muito combativa junto aos tribunais, além do forte *lobby* no Congresso Nacional. É uma grande equipe dedicada a fazer do campo do Direito Autoral o negócio jurídico mais lucrativo possível.

A modificação da lei *per se* não configura a mudança e sim uma perspectiva de melhora. É fundamental que a sociedade, principalmente os atores interessados, continuem pressionando para que as alterações sejam incorporadas. Um dos princípios mais importantes incorporados pela nova legislação é o da transparência, palavra de ordem na gestão pública, e pela qual se regem também as entidades gestoras, posto que exercem função de interesse público. A transparência se configura de forma expressa, proibindo a existência de condições de confidencialidade ou cláusulas de sigilo nos contratos celebrados pelos gestores coletivos do Direito Autoral.

O trabalho das comissões, através dos seus grupos de trabalho, assim como a produção acadêmica em relação à nova legislação auxiliarão a consolidar o entendimento de que o sistema brasileiro só tem a ganhar em termos de qualidade e prestígio, no âmbito internacional inclusive.

É necessário também que o mercado se autofiscalize na promoção dos direitos do autor, e que eles próprios passem a acompanhar a execução das suas obras, não entregando a gestão somente a dirigentes e presidentes das associações. É preciso que o mercado de músicos se mantenha organizado e ativo, mas também que se amplie a participação de artistas que estejam fora do eixo Rio - São Paulo, que dentro das grandes associações não representam um volume muito grande de valores como o de artistas renomados, mas que têm uma grande veiculação em sua região.

Cabe ao Ecad também mostrar-se mais compreensível sobre as necessidades de cada usuário na negociação, firmando acordos para pagamento dentro das condições e possibilidades de cada utilizador. No caso da radiofusão pública e comunitária não podem ser dispensados os mesmos tratamentos dado às rádios dos grandes conglomerados de comunicação por exemplo. Deve ser reconhecido o caráter não comercial e a prestação de serviço público destas emissoras, onde o que importa é a qualidade da programação e a sua capacidade de desenvolver conteúdos críticos e não somente a audiência. É nesta medida que não podem ser comparada àquelas que comercializam a sua grade de programação, utilizando a obra musical como mais um dos insumos para o seu produto que é o espaço publicitário.

Tentar sujeitar a prestação de serviço público à lógica do direito privado pode inclusive diminuir a diversidade cultural e a circulação de manifestações musicais distintas e não massificadas, haja vista que a tendência das emissoras, ao buscar o contingenciamento de gastos, seria diminuir ou até mesmo excluir de sua programação os conteúdos musicais, e privilegiando conteúdo jornalístico.

Pode-se sentir de fato que algumas questões não foram enfrentadas a contento e que outras sequer foram levantadas. Uma delas é em relação ao pequeno trecho. Quando a Lei do Direito Autoral diz, em seu Art.46, que não constituirá ofensa ao direito do autor a utilização de pequeno trecho de obra, sem contudo definir critérios de classificação para este conceito, se cria uma grande insegurança jurídica, que deixa os utilizadores sem parâmetros de se este pequeno trecho é em relação ao tempo ou à quantidade de notas musicais.

Em relação à música, o mercado trabalhou durante muito tempo com a ideia de definir o pequeno trecho pelo tempo de utilização. Era pacificado, obviamente sem nenhum entendimento técnico, que a variação de tempo de 10 (dez) segundos era aceitável, entretanto este raciocínio gera violação de direito pois, na medida em que uma obra musical possa ser reconhecida em muito menos tempo que isto, se a parte utilizada for um refrão por exemplo, ou notas significativas.

Outro enfrentamento se dá em relação à utilização de obras musicais na internet, se seriam ou não execução pública. Há entendimentos controversos, mas o que se mostra urgente é a discussão sobre este ponto, para tanto o MinC vem realizando, junto ao setor, uma série de consultas também para fomentar o processo de arrecadação e distribuição destes valores.

Entretanto deve-se considerar que após tanto tempo de espera para a publicação da lei, realmente existissem lacunas, ao que parece buscou-se garantir uma espécie de mínimo necessário para, em diante pensar em ajustes, opção legislativa que também confere menos rigidez e portanto maior poder de atualização frente ao surgimento de novas tecnologias.

O processo de criação da Lei pode ser considerado vitorioso, sobretudo porque despertou todo um setor para a necessidade de acompanhamento e vigilância dos órgãos que aparentemente não têm fim lucrativo e atuam em prol de bens coletivos. Ao discutir sobre os rumos do Direito Autoral no Brasil os titulares de direito e usuários desfrutaram de espaços de reflexão necessários a compreensão sobre qual o lugar da propriedade privada dentro da lógica do interesse público e da Constituição

Restou provado que a omissão do Estado, permitindo a autorregulação do mercado não logrou êxito, justamente pela natureza da obra de arte, destinada à fruição e a elevação do

espírito, não há como restringi-la a interesse puramente financeiros. A função social da propriedade intelectual deve ser observada também, tratá-la como um bem de prateleira, que pode ser consumido a qualquer momento, sem atentar para a sua perecibilidade e obsolescência em relação ao contexto social é ignorar a importância da arte na formação de uma nação. O povo não pode ser privada do consumo de bens culturais e nem a sociedade desestimular que as obras intelectuais sejam criadas à medida que o não reconhecimento do labor artístico resulta em desvalorização dos profissionais envolvidos. Ao final quem suportará os prejuízos será a sociedade, vítima do empobrecimento cultural. O relatório final da CPI do Ecad foi incisivo quando apontou que a gestão do Direito Autoral precisa estar voltada a atender os interesses dos titulares e dos usuários, e salientou o quão prejudicial ao sistema pode ser esta relação com o intermediador, no caso as associações ao representarem sobretudo os seus próprios interesses. Por isto cabe ao Estado, na medida do seu dever em fomentar o direito à cultura, organizar e fiscalizar as atividades relativas à este setor, logo a Lei nº 12.853/13 ao criar mecanismos de controle e fiscalização se concretiza como instrumento de proteção ao Direito Autoral e consequentemente ao patrimônio imaterial brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBOSA, Márcia. Nova titular da Diretoria de Direitos Intelectuais diz que fiscalizar o Ecad seria intervenção ... Rio de Janeiro. Jornal O Globo 02 de março de 2011. Entrevista concedida a André Miranda.

BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 4.790 de 02 de janeiro de 1924. Define os Direitos Autorais e dá outras providências. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4790-2-janeiro-1924-565512-republicacao-89686-pl.html>>

BRASIL. Decreto nº 8.496 de 22 de junho de 2015. Regulamenta a Lei nº9.610, de 19 de fevereiro de 1998, e a Lei nº12.853, de 14 de agosto de 2013, de 14 de agosto de 2013, para dispor sobre a gestão coletiva de direitos autorais. DIÁRIO OFICIAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, BRASÍLIA, DF, 22 de junho de 2015.

BRASIL. Lei nº 12.853 de agosto de 2013. ALTERA A LEGISLAÇÃO SOBRE DIREITO AUTORAL. DIÁRIO OFICIAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, BRASÍLIA, DF, 14 DE AGOSTO DE 2013.

BRASIL. LEI Nº 496 DE 01 DE AGOSTO DE 1989. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-496-1-agosto-1898-540039-publicacaooriginal-39820-pl.html>> Acesso em Outubro de 2016.

BRASIL. Lei nº 5.988, de 14 de dezembro 1973.

Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm>

BRASIL. Lei nº9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. DIÁRIO OFICIAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, BRASÍLIA, DF, 19 DE FEVEREIRO DE 1998.

CALABRE, Lia. POLÍTICA CULTURAL NO BRASIL: UM HISTÓRICO. Disponível em <<http://www.cult.ufba.br/enecul2005/LiaCalabre.pdf>> Acesso em 09 de setembro de 2016

ECAD. Regulamento da Arrecadação. Disponível em <<http://www.ecad.org.br/pt/Paginas/default.aspx>> acesso em 20 de novembro de 2016

ECAD. Regulamento da Distribuição. Disponível em <<http://www.ecad.org.br/pt/Paginas/default.aspx>> acesso em 20 de novembro de 2016

FIÚZA, César. *Direito civil*: curso completo. 12 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FONSECA, YURI I. O direito autoral como propriedade especial. Disponível em <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11772> Acesso em 20 de agosto de 2016

BARRETO, Laila Góes. As inovações do mundo globalizado e o conseqüente anacronismo do atual modelo de proteção autoral. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14006> Acesso em 20 de agosto de 2016

LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito de Autor*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

LEMOS, Ronaldo. “A gestão coletiva dos direitos autorais no Brasil: a regulação do Ecad e sua reforma”. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2014.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA. CONSELHO NACIONAL DE DIREITO

AUTORAL, legislação e normas. 2 ed. Brasília, CNDA 1983.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Poder Regulamentar*. Disponível em <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110118231013562> Acesso em 09 de setembro de 2016

PARANAGUÁ, Pedro. BRANCO, Sérgio. Direitos Autorais. Rio de Janeiro, editora FGV, 2009.

PIMENTA, Eduardo Salles (Coord). Direitos Autorais – Estudo em homenagem a Otávio Afonso dos coordenação – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.

SENADO FEDERAL. CPI do ECAD - Relatório final apresentado. 2012. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=106951>>

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. Direito Autoral: legislação básica. Brasília DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1998.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão sobre a ADI 5062. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4679.pdf>> acesso em 09 de agosto de 2016.

WACHOWICZ, Marco. A revisão da lei autoral principais alterações: debates e motivações. Aracaju: PIDCC Ano IV, Edição nº 08/2015, Fev/2015. Disponível em: <<http://pidcc.com.br/artigos/082015/21082015.pdf>> . Acesso em: 20 de agosto de 2016.